Decis
1 fl — 4

G. H. von Berg

<366364192800l9

<366364192800l9

Bayer. Staatsbibliothek

Ex Libris
J. H. von Berg
1911-4

<366364192800019

<366364192800019

Bayer. Staatsbibliothek

Juristische
Beobachtungen
und
Rechtsfälle,

größtentheils

in der Göttingischen Juristenfacultät und in der K. Justizcanzley zu Hannover

gesammelt und herausgegeben

von

Günther Heinrich von Berg,

der Rechte Doctor, Hof- und Canzleyrath, und Advocatus Patriä zu Hannover.

Vierter Theil.

Hannover,

im Verlage der Gebrüder Hahn.

1810.

Bayerische
Staatsbibliothek
München

Inhalt.

I. Gutachten über das Verhältniß der Miethsleute und Pächter gegen die Vermiether und Verpächter in Beziehung auf die Natural-Einquartierung, so wie der Pächter und Verpächter gegen einander wegen extraordinärer Natural-Magazin-Lieferungen. S. 1.

II. Nachtrag zu der ersten Abhandlung im dritten Theile: Revision der verschiedenen Meinungen über das rechtliche Verhältniß zwischen Miether und Vermiether in Beziehung auf Einquartierungen. S. 58.

III. Von der Zulässigkeit der Eideszuschiebung zum Zweck der Legitimation zur Sache. S. 90.

IV. Von der rechtlichen Wirkung der Edictalladungen und der darauf erfolgenden Präclusivbescheide. S. 93.

V. Von dem Wiederschatter bey Meierdingsgütern. S. 108.

VI. Geschichte eines Rechtsstreits über die Theilnahme an der Einquartierungslast zwischen Miether und Vermiether. S. 111.

VII. Von der Concurrenz vereinigter Gemeinden zu den Transportkosten des Predigers. S. 116.

VIII. Von der Befugniß des Oberrichters, untergerichtliche Erkenntnisse in peius zu reformiren. S. 123.

IX. Beyspiel einer Absonderung des Politischen und Rechtlichen in Einquartierungs-Sachen. S. 134.

X. Gutachten über die Statthaftigkeit der rückwirkenden Kraft eines über die Erbfolge in Bauergüter zu erlassenden Gesetzes. S. 139.

XI. Beitrag zum Recht der Kirchenstühle. S. 168.

XII. Recruten sind keine Soldaten. S. 186.

XIII. Von der Besömmerung der Brachfelder zum Nachtheil der Weideberechtigten. S. 188.

XIV.

XIV. Ob ein Legat für Witwen blos armen Witwen gebühre. S. 191.

XV. Ueber den Meineid, nach dem 107. Art. der P. G. O. S. 209.

XVI. Ueber die Verletzung auffergerichtlicher Eide. S. 216.

XVII. Gehört es zum Wesen des Meineides, daß er zum Präjudiz Dritter gereiche? S. 221.

XVIII. In wie fern zieht die Appellation die Supplication nach sich? S. 225.

XIX. Ueber den Art. 14. des Codex Napoleon. S. 227.

XX. Sind Zeugen bey einem mündlichen Testamente schuldig, den Namen des Erben aufzuzeichnen? S. 234.

XXI. Von der Strafbarkeit der Selbstbefreiung der Gefangenen. S. 236.

XXII. Von dem Rechte der Gerichte, Zahlungsfristen von Amts wegen festzusetzen. S. 245.

XXIII. Zur Erläuterung der Auth. quod obtinet C. de probat. S. 253.

XXIV. Geschichte eines Gattenmordes. S. 258.

XXV. Ueber den Rechtsgrund und die Erfordernisse eines gezwungenen Nachlasses im Concurse. S. 311.

XXVI. Kömmt der gezwungene Nachlaß auch dem Bürgen zu statten? S. 318.

XXVII. Kann ein Gläubiger das, was er seinem Schuldner erlassen hat, von diesem nachforden, wenn desselben Vermögensumstände sich verbessert haben? S. 342.

XXVIII. Von der Entwendung des gehauenen, aber in den Forsten noch liegenden Holzes. S. 355.

XXIX. Ist beim dritten Diebstahle derjenige mit in Rechnung zu bringen, seit dessen Bestrafung die Verjährungszeit abgelaufen ist? S. 356.

XXX. Vergleichung einiger Hauptpuncte des teutschen und französischen Vormundschaftsrechts. S. 359.

I.

Gutachten

über

das Verhältniß der Miethsleute und Pächter gegen die Vermiether und Verpächter in Beziehung auf die Natural-Einquartierung, so wie der Pächter und Verpächter gegen einander wegen extraordinärer Natural-Magazin-Lieferungen.

Vorerinnerung.

Während das hiesige Land sich in K. Preußischer Administration befand, wurde von der dazu angeordneten Commission ein Gutachten über die oben bemerkten Gegenstände von der Hannöverschen Justizcanzley (so wie von mehreren andern Landescollegien) gefordert und der Vortrag darüber mir übertragen. Ich kleidete diesen gleich in die Form eines Collegial-Gutachtens ein, das aber, der veränderten Umstände wegen, dem Collegium nicht zur Prüfung vorgelegt, also auch von demselben nicht genehmigt, folglich lediglich als Privatarbeit zu betrachten ist. In Beziehung auf die in dem dritten Theile dieser Beobachtungen und Rechtsfälle befindliche erste Abhandlung scheint die öffentliche Bekannt-

machung dieses Entwurfs nicht unzweckmäßig zu seyn. Ob er gleich mehreres enthält, was in jener Abhandlung bereits erörtert ist und größtentheils auf gleichen Grundsätzen beruhet: so sind doch die Gesichtspunkte zum Theil verschieden, die Gegenstände ausgebreiteter, und die Grundsätze in manchen Punkten ausführlicher entwickelt.

Unbemerkt darf übrigens nicht gelassen werden, daß das Gutachten nur über das bey uns bestehende Recht, nicht über eine Verbesserung desselben, gefordert war, und daß es eben deshalb, besonders bey den damals obwaltenden Umständen, rathsam schien, sich streng innerhalb dieser Grenze zu halten.

v. B.

Erster Abschnitt.

Von der Einquartierung.

§. 1.

Um die uns vorgelegte Rechtsfrage:

Ob die Last der Natural-Einquartierung, falls unter den Contrahenten ein Anderes dieserhalb nicht verabredet ist, von dem Pächter und Miethsmann der Grundstücke und Wohnungen, oder von dem Verpächter oder Vermiether, und zwar von dem einem oder anderm allein, oder auch von beiden gemeinschaftlich, und zwar in letzterem Falle nach welchem Verhältniß zu tragen sey?

mit der erforderlichen Gründlichkeit und Genauigkeit zu beantworten, werden wir zuvörderst von der Einquar-

quartierung überhaupt einige Bemerkungen vorausschicken, und sodann von derselben in ihrer Beziehung auf das Mieth- oder Pachtverhältniß nach gemeinrechtlichen Grundsätzen handeln.

§. 2.

In älteren Zeiten hat man die Einquartierungs-Last bei weitem nicht in ihrem jetzigen Umfange gekannt. Vormahls bestand sie nur in der Verbindlichkeit der Unterthanen, alle zum Militär gehörige Personen in ihre Wohnungen aufzunehmen, und ihnen Dach und Fach zu geben, womit höchstens der sogenannte kleine Service an Holz, Licht und Salz verbunden war. Selbst in Kriegszeiten und bey feindlichen Ueberzügen ward die Verpflegung des Soldaten nie regelmäßig und bleibend dem Wirthe aufgebürdet. Heutzutage aber pflegt die eigentliche Einquartierungs-Last die viel geringere zu seyn, und dasjenige, was für die Beköstigung der Einquartierten aufgewandt werden muß, ist unstreitig die Hauptsache. Hierauf muß man daher bey der Beurtheilung jedes rechtlichen Verhältnisses, das in Beziehung auf Einquartierung entstehen kann, vorzüglich Rücksicht nehmen, und den Unterschied zwischen der Quartierslast und den Einquartierungskosten niemahls außer Acht lassen, welche beide zusammengenommen wir mit der Benennung: Einquartierungs-Last bezeichnen wollen.

§. 3.

Da auch die Einquartierungskosten von landesherrlichen, oder fremden, jedoch freundschaft-

 lichen

lichen Kriegsvölkern nur selten und nur unter äußerst dringenden Umständen veranlaßt, da für solche Fälle zweckmäßige Regulative zur Ausgleichung oder zum Ersatz getroffen zu werden pflegen, und da alsdann höchstens wegen der Quartierslast, nicht aber wegen der Einquartierungskosten, zwischen Miether und Vermiether, Pächter und Verpächter Differenzen eintreten können: so wird für den Zweck der gegenwärtigen Untersuchung nur auf *ausserordentliche*, mit besondern Beschwerden verbundene, und hauptsächlich auf *feindliche Einquartierungen* in Kriegszeiten zu sehen seyn. Dieser beschränktere Gesichtspunkt ist für die Erforschung der richtigen Grundsätze wichtiger, als er vielleicht beym ersten Anblicke zu seyn scheint. Eine Menge der zahlreichen Schriftsteller über den hier zu erörternden Gegenstand haben es in Ansehung desselben für ganz gleichgültig gehalten, ob von der Einquartierung feindlicher oder freundschaftlicher Kriegsvölker die Frage sey, und eine wesentlich nachtheilige Verwirrung der Begriffe veranlaßt.

§. 4.

Die gewöhnliche Quartiers- und Service-Last wird lediglich nach den Grundsätzen einer öffentlichen Staatslast behandelt, und von der höchsten Staatsgewalt landesverfassungsmäßig mit Rücksicht auf die übrigen öffentlichen Lasten vertheilt. Die gehörige Beobachtung der Einquartierungs-Reglements wird durch die beständige Aufsicht des Regenten gesichert. Diese allgemein bekannten Einrichtungen und die Gewohnheiten jedes Orts lassen hierüber zwischen Miether und Vermiether keinen Streit

zu.

zu. Auch andere Einquartierungen, welche auf Befehl oder mit Bewilligung der rechtmäßigen Landesherrschaft statt finden, sind als öffentliche Lasten zu betrachten, deren Vertheilung ohne große Schwierigkeit von der anordnenden Gewalt im Staate bestimmt werden kann. Gewöhnlich bestehen auch darüber in jedem Lande allgemeine Vorschriften, oder es werden nach Erforderniß der Umstände besondere erlassen, durch welche zugleich Privat-Streitigkeiten vorgebeugt wird, oder die doch dem Richter befriedigende Entscheidungsnormen darbieten. Und selbst die gemeinrechtlichen würden für solche Fälle, wo alles friedlich und ordentlich zugeht, leicht hinreichend seyn.

§. 5.

Ganz anders verhält es sich aber bey feindlichen Einquartierungen. Alsdann ist in der Regel die ordentliche Staatsgewalt auffer Wirkung gesetzt, und der Feind besorgt das Quartierwesen entweder selbst, oder er überläßt es den Local-Obrigkeiten, deren Anordnungen doch niemahls und um so weniger bleibende Kraft haben können, je mehr sie von Umständen abhangen, die eine rechtliche Gleichheit auf keine Weise begünstigen. Bey feindlichen Einfällen ist es nicht möglich, eine gleichförmige Einquartierungs-Ordnung, wenn man auch, was selten der Fall ist, eine solche hat, immer genau zu beobachten. Gewöhnlich wird der Raum genommen, wo er sich am weitesten und bequemsten findet, und die übrigen Kosten muß hergeben, wer zunächst dazu angehalten werden kann. In wie manche Verlegenheit muß unter solchen Umständen

nicht

machung dieses Entwurfs nicht unzweckmäßig zu seyn. Ob er gleich mehreres enthält, was in jener Abhandlung bereits erörtert ist und größtentheils auf gleichen Grundsätzen beruhet: so sind doch die Gesichtspunkte zum Theil verschieden, die Gegenstände ausgebreiteter, und die Grundsätze in manchen Punkten ausführlicher entwickelt.

Unbemerkt darf übrigens nicht gelassen werden, daß das Gutachten nur über das bey uns bestehende Recht, nicht über eine Verbesserung desselben, gefordert war, und daß es eben deshalb, besonders bey den damals obwaltenden Umständen, rathsam schien, sich streng innerhalb dieser Grenze zu halten.

v. B.

Erster Abschnitt.

Von der Einquartierung.

§. 1.

Um die uns vorgelegte Rechtsfrage:

Ob die Last der Natural-Einquartierung, falls unter den Contrahenten ein Anderes dieserhalb nicht verabredet ist, von dem Pächter und Miethsmann der Grundstücke und Wohnungen, oder von dem Verpächter oder Vermiether, und zwar von dem einem oder anderm allein, oder auch von beiden gemeinschaftlich, und zwar in letzterem Falle nach welchem Verhältniß zu tragen sey?

mit der erforderlichen Gründlichkeit und Genauigkeit zu beantworten, werden wir zuvörderst von der Ein-

quar-

quartierung überhaupt einige Bemerkungen vorausschicken, und sodann von derselben in ihrer Beziehung auf das Mieth- oder Pachtverhältniß nach gemeinrechtlichen Grundsätzen handeln.

§. 2.

In älteren Zeiten hat man die Einquartierungs-Last bei weitem nicht in ihrem jetzigen Umfange gekannt. Vormahls bestand sie nur in der Verbindlichkeit der Unterthanen, alle zum Militär gehörige Personen in ihre Wohnungen aufzunehmen, und ihnen Dach und Fach zu geben, womit höchstens der sogenannte kleine Service an Holz, Licht und Salz verbunden war. Selbst in Kriegszeiten und bey feindlichen Ueberzügen ward die Verpflegung des Soldaten nie regelmäßig und bleibend dem Wirthe aufgebürdet. Heutzutage aber pflegt die eigentliche Einquartierungs-Last die viel geringere zu seyn, und dasjenige, was für die Beköstigung der Einquartierten aufgewandt werden muß, ist unstreitig die Hauptsache. Hierauf muß man daher bey der Beurtheilung jedes rechtlichen Verhältnisses, das in Beziehung auf Einquartierung entstehen kann, vorzüglich Rücksicht nehmen, und den Unterschied zwischen der Quartierslast und den Einquartierungskosten niemahls außer Acht lassen, welche beide zusammengenommen wir mit der Benennung: Einquartierungs-Last bezeichnen wollen.

§. 3.

Da auch die Einquartierungskosten von landesherrlichen, oder fremden, jedoch freundschaft-

 lichen

lichen Kriegsvölkern nur selten und nur unter äußerst dringenden Umständen veranlaßt, da für solche Fälle zweckmäßige Regulative zur Ausgleichung oder zum Ersatz getroffen zu werden pflegen, und da alsdann höchstens wegen der Quartierslast, nicht aber wegen der Einquartierungskosten, zwischen Miether und Vermiether, Pächter und Verpächter Differenzen eintreten können: so wird für den Zweck der gegenwärtigen Untersuchung nur auf *ausserordentliche*, mit besondern Beschwerden verbundene, und hauptsächlich auf *feindliche Einquartierungen* in Kriegszeiten zu sehen seyn. Dieser beschränktere Gesichtspunkt ist für die Erforschung der richtigen Grundsätze wichtiger, als er vielleicht beym ersten Anblicke zu seyn scheint. Eine Menge der zahlreichen Schriftsteller über den hier zu erörternden Gegenstand haben es in Ansehung desselben für ganz gleichgültig gehalten, ob von der Einquartierung feindlicher oder freundschaftlicher Kriegsvölker die Frage sey, und eine wesentlich nachtheilige Verwirrung der Begriffe veranlaßt.

§. 4.

Die gewöhnliche Quartiers- und Service-Last wird lediglich nach den Grundsätzen einer öffentlichen Staatslast behandelt, und von der höchsten Staatsgewalt landesverfassungsmäßig mit Rücksicht auf die übrigen öffentlichen Lasten vertheilt. Die gehörige Beobachtung der Einquartierungs-Reglements wird durch die beständige Aufsicht des Regenten gesichert. Diese allgemein bekannten Einrichtungen und die Gewohnheiten jedes Orts lassen hierüber zwischen Miether und Vermiether keinen Streit

zu.

zu. Auch andere Einquartierungen, welche auf Befehl oder mit Bewilligung der rechtmäßigen Landesherrschaft statt finden, sind als öffentliche Lasten zu betrachten, deren Vertheilung ohne große Schwierigkeit von der anordnenden Gewalt im Staate bestimmt werden kann. Gewöhnlich bestehen auch darüber in jedem Lande allgemeine Vorschriften, oder es werden nach Erforderniß der Umstände besondere erlassen, durch welche zugleich Privat-Streitigkeiten vorgebeugt wird, oder die doch dem Richter befriedigende Entscheidungsnormen darbieten. Und selbst die gemeinrechtlichen würden für solche Fälle, wo alles friedlich und ordentlich zugeht, leicht hinreichend seyn.

§. 5.

Ganz anders verhält es sich aber bey feindlichen Einquartierungen. Alsdann ist in der Regel die ordentliche Staatsgewalt ausser Wirkung gesetzt, und der Feind besorgt das Quartierwesen entweder selbst, oder er überläßt es den Local-Obrigkeiten, deren Anordnungen doch niemahls und um so weniger bleibende Kraft haben können, je mehr sie von Umständen abhangen, die eine rechtliche Gleichheit auf keine Weise begünstigen. Bey feindlichen Einfällen ist es nicht möglich, eine gleichförmige Einquartierungs-Ordnung, wenn man auch, was selten der Fall ist, eine solche hat, immer genau zu beobachten. Gewöhnlich wird der Raum genommen, wo er sich am weitesten und bequemsten findet, und die übrigen Kosten muß hergeben, wer zunächst dazu angehalten werden kann. In wie manche Verlegenheit muß unter solchen Umständen

nicht

nicht auch der Pächter oder Miethsmann kommen? Wie manche Leistungen werden nicht von ihm gefordert werden, die bey einer ruhigen Einquartierung freundschaftlicher Kriegsvölker nie zu besorgen sind? Nothwendig müssen daher auch bey der so großen Verschiedenheit der Umstände die darauf sich beziehenden rechtlichen Verhältnisse wesentlich verschieden seyn.

§. 6.

Ein anderer Unterschied, der mit dem eben bemerkten genau zusammenhängt und von einigen Rechtsgelehrten für sehr bedeutend gehalten wird, kann jedoch auf die Entscheidung der hier vorliegenden Frage von keinem erheblichen Einflusse seyn. Es soll nemlich auch auf die Art der Einquartierung, und ob der Feind selbst Quartier nimmt, oder die ordentliche Obrigkeit es vertheilt, und hierbey wieder darauf, ob die Einquartierung den Grundstücken oder den Bewohnern eingelegt ist, besondere Rücksicht genommen werden. Da es jedoch bey der wirklichen Existenz irgend einer Last, deren Uebernahme unter mehreren streitig ist, ganz gleichgültig seyn muß, von wem sie herrührt, wenn nur keiner der Streitenden sie durch sein eigenes Verschulden sich zugezogen hat, und da obrigkeitliche Anweisungen, sofern sie nicht auf bestimmte Gesetze sich gründen, das rechtliche Verhältniß zwischen Miether und Vermiether nicht zu ändern vermögen; so sind jene Distinctionen im allgemeinen von keinem Werth, und nur in besondern Fällen können sie vielleicht einige Rücksicht verdienen.

§. 7.

§. 7.

Dagegen scheint es für die Lehre von der Einquartierungs=Last überhaupt, so wie für die von uns zu beantwortende Rechtsfrage insonderheit nicht unwichtig zu seyn, wenn man das Object der Einquartierungen: die Wohnungen und wirthschaftlichen Gebäude nach ihrer verschiedenen Lage, Beschaffenheit und Bestimmung in genauere Erwägung zieht. Für städtische und ländliche Wohnungen ist die Last der Einquartierung keinesweges gleich. Jene sind, wenn gleich ansehnlicher und geräumiger, doch gewöhnlich durch die Menge ihrer Bewohner oder durch die Art ihrer Benutzung beengter, als diese, und der Werth ihres Raums ist weit größer. In den Städten ist überdies das Vermiethen eigenthümlicher Häuser oder einzelner Theile derselben ein nicht unbedeutender Nahrungszweig. Hier werden die Miethcontracte vorsichtiger abgefasst und die Miethzinsen öfters mehr nach zufälligen Ereignissen, als nach dem wahren Werthe, oder auch nur nach dem laufenden Preise der Häuser bestimmt. Man findet sie manchmahl so sehr gesteigert, daß man die Einrechnung künftiger, selbst ungewöhnlicher Lasten von Seiten des Vermiethers mit gutem Grunde annehmen kann. Manche städtische Gewerbe sind durch Einquartierungen leichter nachtheiligen Störungen ausgesetzt, als dies auf dem Lande möglich ist. Aber hier kann besonders die Benutzung landwirthschaftlicher Gebäude durch Kriegsvölker dem Landwirthe nicht nur viele Unbequemlichkeiten, sondern auch wesentlichen Schaden zuziehen.

§. 8.

Auch die Subjecte der Einquartierungs-Last und ihre verschiedenen Verhältnisse dürfen nicht ganz ausser Acht gelassen werden. Der Miether eines Wohnhauses und der Pächter mehrerer Grundstücke oder eines ganzen Landgutes haben zwar mit dem Eigenthümer einerley Vertrag geschlossen, aber die Hauptzwecke beider weichen wesentlich von einander ab. Der sparsam bezahlte Staatsdiener, den sein Amt an einen theuern Wohnort bindet, der Rentirer, der den Zerstreuungen der Stadt nachzieht, der Pächter, den ein vortheilhafter Contract bereichert — alle sind Miethsleute, aber wie höchst verschieden ist ihre Lage?

§. 9.

Gehen wir nun von diesen allgemeinen Vorbemerkungen zu der Erörterung der vorliegenden Frage insbesondere über; so glauben wir dabey auf die gewöhnliche Einquartierung landesherrlicher Kriegsvölker in Friedenszeiten aus den bereits angeführten Gründen (§. 3.) keine weitere Rücksicht nehmen, und uns auf die Erinnerung beschränken zu dürfen, daß, wenn in Friedenszeiten bey beträchtlichen Truppenverlegungen, bey Versammlungen zu Revüen und Lustlagern, oder in Kriegszeiten bey militärischen Bewegungen, Durchmärschen, Winterquartieren u. s. w., ausserordentliche mit besondern Beschwerden verbundene Einquartierungen stattfinden, und wegen deren Ausgleichung keine zum voraus bestimmten Grundsätze oder keine für den eintretenden Fall besonders erlassene Vorschriften zur Norm dienen sollten, alsdann eben so,

wie

wie bey Einquartierungen freundschaftlicher Kriegsvölker, welche unter gleichen Umständen durch ein Land ziehen, oder einige Zeit in demselben Quartier nehmen, diejenigen Regeln in Anwendung zu bringen seyn würden, welche von feindlicher Einquartierung gelten.

§. 10.

Bey der Untersuchung der gegenseitigen Rechte und Verbindlichkeiten der Pächter und Verpächter, der Miether und Vermiether in Beziehung auf Einquartierungen dringt sich nun zuvörderst die wichtige Vorfrage auf:

Ist die Einquartierungs-Last überhaupt von der Art, daß sie von denjenigen Staatsbürgern, welche die Einquartierung trifft, allein getragen werden muß?

Nur wenn diese Frage bejahet wird, kann zwischen Pächtern und Verpächtern, Miethern und Vermiethern über ihre Theilnahme an jener Last eigentlich Streit entstehen, indem bey der Verneinung derselben höchstens ein sehr unbedeutender Gegenstand weiterer Zweifel übrig bleiben würde, dessen weiter unten gedacht werden wird. Denn wird die Einquartierungs-Last unter alle Staatsbürger billigmäßig vertheilt: so muß freilich der Pächter, wie der Verpächter, der Miether wie der Vermiether, seinen Theil an derselben tragen; aber unter ihnen selbst bleibt kaum ein Grund zu gegenseitigen Ansprüchen übrig.

§. 11.

§. 11.

Wir können nun nach allgemeinen Grundsätzen des Rechts nicht anders dafür halten, als daß die Einquartierungslast wie jede andere öffentliche Last zu beurtheilen und zu vertheilen sey. So wie zu der Bestreitung der Bedürfnisse, welche durch die Ausübung der Regierungsrechte entstehen, jeder Staatsgenosse nach dem Maaße seiner Kräfte beizutragen schuldig ist: so müssen auch die durch einen Krieg veranlaßten Kosten und Lasten von sämmtlichen Staatsgenossen übernommen und durch die Regierung unter ihnen nach einem gerechten Verhältnisse ausgeglichen werden. Daß zu diesen Kosten und Lasten auch die Einquartierungs-Last zu rechnen ist, bedarf keines Beweises, und wenn bey deren Vertheilung in ruhigen Zeiten besondere Rechte hin und wieder Ausnahmen und Ungleichheiten begründen; so ist doch kein Zweifel, daß in Kriegszeiten, und vorzüglich bey feindlichen Ueberzügen, alle Immunitäten und Privilegien ihre Wirksamkeit verlieren.

§. 12.

Die feindliche Einquartierung, sie mag Folge eines Angriffs- oder eines Vertheidigungs-Krieges seyn, bleibt immer eine öffentliche Last, welche die Unterthanen vermöge der Staatsverbindung trifft, und sie kann nicht blos als ein zufälliges Ereigniß angesehen werden, welches jeder Einzelne über sich ergehen lassen muß. Der Krieg, als ein Unternehmen der höchsten Staatsgewalt, ist eine gemeinsame Angelegenheit aller Unterthanen,

nen, und die Lasten, welche derselbe herbeiführt, müssen daher nothwendig gemeinsame Lasten derselben seyn. Auch der Theil der Unterthanen, welchen das Schicksal des Krieges zwingt, Feinde aufzunehmen und zu ernähren, erfüllt nur seine Unterthanenpflicht, indem er die Folgen des Kriegs, die der Zufall auf ihn wirft, tragen muß; und diese sind so gut eine öffentliche Last, wie Kriegssteuern, Lieferungen und Contributionen.

§. 13.

Aus diesen einfachen Grundsätzen, deren weiterer Entwickelung wir durch Beziehung auf

Weber über die Repartition der Kriegsschäden, §. 76 f.

enthoben seyn zu können glauben, ergiebt sich die rechtliche Folge von selbst, daß die Einquartierungslast, als eine gemeinschaftliche Last aller Unterthanen, von Rechts wegen auch unter alle gleich vertheilt werden muß. Jede Abweichung von dieser Regel wird nothwendig eine Ungleichheit der Lasten auf einzelne Landesbezirke und Unterthanen wälzen, welche mit dem gemeinsamen Staatsverbande in offenbarem Widerspruche stehet. Jedes bewohnbare Gebäude muß der Einquartierung offen stehen; aber der Unterthan, der sie und die damit verbundenen Kosten übernimmt, leistet eigentlich blos einen Vorschuß, dessen Ersatz er von dem gemeinen Wesen zu erwarten berechtigt ist.

§. 14.

§. 14.

Dieser Ersatz kann in der That auch leichter, als es dem ersten Anblicke nach möglich scheint, bewirkt werden. Wenn man nach den jedesmahligen Umständen die Kosten der Einquartierung überrechnet, für jeden Mann, welcher einquartiert wird, eine tägliche Entschädigungs-Summe festsetzt, den Betrag des Ganzen durch eine allgemeine Steuer erhebt, und davon den Quartiergebern Ersatz leistet: so wird die Ausgleichung ohne sehr bedeutende Schwierigkeiten geschehen können. Kein anderes Auskunftsmittel dürfte auch die der Gerechtigkeit so gemäße möglichst gleiche Vertheilung der Kriegslasten mit gleicher Sicherheit bewirken, und selbst die Gleichheit unter einzelnen Einwohnern würde dadurch am meisten gesichert werden. Remissionen für die mit Einquartierung vorzüglich belästigten Landesbezirke, Hülfssteuern und andere Palliativmittel werden zwar den übrigen Unterthanen mehrere Lasten aufbürden, aber dennoch die noch stärker Belästigten nur wenig erleichtern, und am allerwenigsten eine billigmäßige Ausgleichung bewirken.

§. 15.

Daß bey der Berechnung der Einquartierungslast die Beschränkung des Raums nur mit Rücksicht auf die verschiedenen örtlichen Verhältnisse (§. 7.) und besonders nur alsdann, wenn dem Bewohner ein wirklicher Schade dadurch zugefügt wird, in mäßigen Anschlag gebracht werde, scheint der Billigkeit ganz gemäß zu seyn. Wenn daher

den

den der Einquartierung eingeräumten Theil seiner Wohnung ein Hauseigenthümer zu vermiethen oder ein Inquilin als Aftermiethe abzugeben pflegte, oder wenn der Einquartierung halber ein Hausbewohner einen Theil seiner Familie oder seiner Dienerschaft anderwärts ausmiethen müßte: in diesen und ähnlichen Fällen wird auch für das bloße Quartier ein Ersatz zu leisten seyn. Dabey versteht es sich aber in Rücksicht auf das Verhältniß zwischen Miether und Vermiether von selbst, daß dieser, wenn er selbst Raum hat, die Einquartierung eher, als jener, aufnehmen muß, weil der Miethzins für die unbeschränkte Benutzung der Wohnung bezahlt wird. Nur wenn der Raum des Vermiethers nicht hinreicht, oder wenn es besonders verlangt wird, muß auch der Miether sich der Einquartierung unterwerfen. In diesem Falle aber gebührt ihm ein verhältnißmäßiger Erlaß an dem Miethzinse, — nicht allein nach der weiter unten darzulegenden Verordnung der gemeinen Rechte, sondern auch nach der Natur des Miethvertrages überhaupt, welche einen der wirklichen Nutzung angemessenen Miethzins verlangt, wornach der — wenn gleich durch Zufall verminderte Gebrauch der vermietheten Sache auch eine Verminderung des Miethzinses nach sich zieht.

§. 16.

Wir halten jedoch nicht dafür, daß ein Pächter in gleichem Falle gleiche Ansprüche zu machen berechtiget wäre. Denn bey ihm ist die Benutzung der gepachteten Grundstücke als die Hauptsache zu betrachten, und es wäre unbillig, wenn man die

bloße

bloße Beschränkung der Wohnung, die bey Pachtanschlägen ohnehin selten in Betracht kömmt, und wofür wenigstens nie ein verhältnißmäßiger Miethzins von den Pächtern bezahlt wird, auch hier als einen rechtlichen Grund zur Minderung des Pachtgeldes annehmen wollte. Es muß vielmehr in einem solchen Falle der Pächter die Unbequemlichkeit allein tragen, welche die Einquartierung ihm zuzieht. Hat er aber auch blos durch die Quartierslast wirkliche Kösten gehabt; so muß ihm dasselbe zu statten kommen, was soeben von dem Miether bemerkt ist. Nur wird er, da die Wohnung nicht sein Hauptzweck ist, von dem Verpächter nicht fordern können, daß dieser die Einquartierung vor ihm einnehme.

§. 17.

So bleibt also, nach den bisher dargestellten Grundsätzen, nur noch ein doppelter Fall übrig, wo Miether und Vermiether wegen Einquartierungen in Streit gerathen können (§. 15. 16). Wird die Einquartierungs-Last unter allen Unterthanen gehörig ausgeglichen: so trägt der Miether sowohl als der Vermiether seinen billigen Antheil daran. Aber beide haben in der Regel mit einander nichts zu thun. Alle Auslagen und Kostenrechnungen, und alle Streitigkeiten über die Verpflichtung zum Ersatze, über Maaß und Art desselben, fallen hinweg. Die ganze Last wird eigentlich in eine Rechnung geworfen, und sodann unter sämmtlichen Staatsgenossen die Ausgleichung getroffen.

§. 18.

§. 18.

Nur allein aber auf diesem Wege scheint uns ein gerechtes Verhältniß hergestellt werden zu können. Die Besteurung der mit eigenen Häusern nicht versehenen Einwohner, um mit dem Ertrage derselben die ärmeren Hauseigenthümer zu unterstützen, und die übrigens immer gleiche Belastung der anderen Hauseigenthümer mit der Einquartierung ohne Hoffnung einiger Erleichterung muß nothwendig Willkühr, Ungleichheit, Unbilligkeit, und selbst Ungerechtigkeit zur Folge haben. Manche Inhaber von Miethswohnungen werden unverhältnißmäßig, d. h. zu hoch oder zu niedrig, angesetzt; den meisten Hauseigenthümern aber kömmt die Abgabe nicht zu statten, und auf alle Fälle erst alsdann, wenn sie durch den fortwährenden Druck zu der Classe der Armen herabgesunken sind, was um so leichter geschehen kann, wenn die Entfernung der Miethebewohner, welche an den Ort nicht gebunden sind, durch die Inquilinen-Steuern herbeigeführt und dadurch das Sinken der Miethzinsen veranlaßt wird.

§. 19.

So sehr wir nun auch von der Rechtmäßigkeit nicht nur, sondern selbst von der Pflichtmäßigkeit einer möglichst-gleichen Vertheilung der Einquartierungs-Last unter alle Landesunterthanen uns überzeugt halten, so wenig glauben wir jedoch, daß von dem Grundsatze selbst, so lang er noch nicht Gesetzeskraft erhalten hat, in den Gerichten, und insonderheit zur Entscheidung der zwischen Pächtern und Verpächtern, Miethern und Vermiethern in

An-

§. 14.

Dieser Ersatz kann in der That auch leichter, als es dem ersten Anblicke nach möglich scheint, bewirkt werden. Wenn man nach den jedesmahligen Umständen die Kosten der Einquartierung überrechnet, für jeden Mann, welcher einquartiert wird, eine tägliche Entschädigungs-Summe festsetzt, den Betrag des Ganzen durch eine allgemeine Steuer erhebt, und davon den Quartiergebern Ersatz leistet: so wird die Ausgleichung ohne sehr bedeutende Schwierigkeiten geschehen können. Kein anderes Auskunftsmittel dürfte auch die der Gerechtigkeit so gemäße möglichst gleiche Vertheilung der Kriegslasten mit gleicher Sicherheit bewirken, und selbst die Gleichheit unter einzelnen Einwohnern würde dadurch am meisten gesichert werden. Remissionen für die mit Einquartierung vorzüglich belästigten Landesbezirke, Hülfssteuern und andere Palliativmittel werden zwar den übrigen Unterthanen mehrere Lasten aufbürden, aber dennoch die noch stärker Belästigten nur wenig erleichtern, und am allerwenigsten eine billigmäßige Ausgleichung bewirken.

§. 15.

Daß bey der Berechnung der Einquartierungs-Last die Beschränkung des Raums nur mit Rücksicht auf die verschiedenen örtlichen Verhältnisse (§. 7.) und besonders nur alsdann, wenn dem Bewohner ein wirklicher Schade dadurch zugefügt wird, in mäßigen Anschlag gebracht werde, scheint der Billigkeit ganz gemäß zu seyn. Wenn daher

den der Einquartierung eingeräumten Theil seiner Wohnung ein Hauseigenthümer zu vermiethen oder ein Inquilin als Aftermiethe abzugeben pflegte, oder wenn der Einquartierung halber ein Hausbewohner einen Theil seiner Familie oder seiner Dienerschaft anderwärts ausmiethen müßte: in diesen und ähnlichen Fällen wird auch für das bloße Quartier ein Ersatz zu leisten seyn. Dabey versteht es sich aber in Rücksicht auf das Verhältniß zwischen Miether und Vermiether von selbst, daß dieser, wenn er selbst Raum hat, die Einquartierung eher, als jener, aufnehmen muß, weil der Miethzins für die unbeschränkte Benutzung der Wohnung bezahlt wird. Nur wenn der Raum des Vermiethers nicht hinreicht, oder wenn es besonders verlangt wird, muß auch der Miether sich der Einquartierung unterwerfen. In diesem Falle aber gebührt ihm ein verhältnißmäßiger Erlaß an dem Miethzinse, — nicht allein nach der weiter unten darzulegenden Verordnung der gemeinen Rechte, sondern auch nach der Natur des Miethvertrages überhaupt, welche einen der wirklichen Nutzung angemessenen Miethzins verlangt, wornach der — wenn gleich durch Zufall verminderte Gebrauch der vermietheten Sache auch eine Verminderung des Miethzinses nach sich zieht.

§. 16.

Wir halten jedoch nicht dafür, daß ein Pächter in gleichem Falle gleiche Ansprüche zu machen berechtiget wäre. Denn bey ihm ist die Benutzung der gepachteten Grundstücke als die Hauptsache zu betrachten, und es wäre unbillig, wenn man die

bloße

bloße Beschränkung der Wohnung, die bey Pachtanschlägen ohnehin selten in Betracht kömmt, und wofür wenigstens nie ein verhältnißmäßiger Miethzins von den Pächtern bezahlt wird, auch hier als einen rechtlichen Grund zur Minderung des Pachtgeldes annehmen wollte. Es muß vielmehr in einem solchen Falle der Pächter die Unbequemlichkeit allein tragen, welche die Einquartierung ihm zuzieht. Hat er aber auch blos durch die Quartierslast wirkliche Kosten gehabt; so muß ihm dasselbe zu statten kommen, was soeben von dem Miether bemerkt ist. Nur wird er, da die Wohnung nicht sein Hauptzweck ist, von dem Verpächter nicht fordern können, daß dieser die Einquartierung vor ihm einnehme.

§. 17.

So bleibt also, nach den bisher dargestellten Grundsätzen, nur noch ein doppelter Fall übrig, wo Miether und Vermiether wegen Einquartierungen in Streit gerathen können (§. 15. 16). Wird die Einquartierungs-Last unter allen Unterthanen gehörig ausgeglichen: so trägt der Miether sowohl als der Vermiether seinen billigen Antheil daran. Aber beide haben in der Regel mit einander nichts zu thun. Alle Auslagen und Kostenrechnungen, und alle Streitigkeiten über die Verpflichtung zum Ersatze, über Maaß und Art desselben, fallen hinweg. Die ganze Last wird eigentlich in eine Rechnung geworfen, und sodann unter sämmtlichen Staatsgenossen die Ausgleichung getroffen.

§. 18.

§. 18.

Nur allein aber auf diesem Wege scheint uns ein gerechtes Verhältniß hergestellt werden zu können. Die Besteurung der mit eigenen Häusern nicht versehenen Einwohner, um mit dem Ertrage derselben die ärmeren Hauseigenthümer zu unterstützen, und die übrigens immer gleiche Belastung der anderen Hauseigenthümer mit der Einquartierung ohne Hoffnung einiger Erleichterung muß nothwendig Willkühr, Ungleichheit, Unbilligkeit, und selbst Ungerechtigkeit zur Folge haben. Manche Inhaber von Miethswohnungen werden unverhältnißmäßig, d. h. zu hoch oder zu niedrig, angesetzt; den meisten Hauseigenthümern aber kömmt die Abgabe nicht zu statten, und auf alle Fälle erst alsdann, wenn sie durch den fortwährenden Druck zu der Classe der Armen herabgesunken sind, was um so leichter geschehen kann, wenn die Entfernung der Miethebewohner, welche an den Ort nicht gebunden sind, durch die Inquilinen-Steuern herbeigeführt und dadurch das Sinken der Miethzinsen veranlaßt wird.

§. 19.

So sehr wir nun auch von der Rechtmäßigkeit nicht nur, sondern selbst von der Pflichtmäßigkeit einer möglichst-gleichen Vertheilung der Einquartierungs-Last unter alle Landesunterthanen uns überzeugt halten, so wenig glauben wir jedoch, daß von dem Grundsatze selbst, so lang er noch nicht Gesetzeskraft erhalten hat, in den Gerichten, und insonderheit zur Entscheidung der zwischen Pächtern und Verpächtern, Miethern und Vermiethern in

An-

Ansehung der Einquartierung vorkommenden Streitigkeiten, Gebrauch gemacht werden kann. Wollte dieses ein Gericht dennoch thun; so müßte es alle gegenseitige Ansprüche dieser Personen zurück- und sie auf eine ganz incompetente Weise an den Staat oder an ihre sämmtlichen Mitunterthanen verweisen. Erst wenn die auf dem öffentlichen Rechte gegründete Verpflichtung gesetzlich anerkannt ist, — wie solches bereits in einigen Ländern, als: Salzburg, Aschaffenburg, Schleswig-Holstein, und gewissermaaßen auch Wirtemberg der Fall ist — kann sie practische Anwendung finden, und einstweilen bleibt dem Richter nichts übrig, als privatrechtliche Grundsätze, so unzureichend sie auch seyn mögen, zur Norm seiner Entscheidungen sich dienen zu lassen.

§. 20.

Aus diesem beschränkteren Gesichtspunkte die streitige Frage betrachtet, sind wir nun der rechtlichen Meinung:

daß sowohl der Miether, als der Vermiether, die Einquartierungslast zu tragen habe, und daß diese folglich als eine vermischte Last anzusehen sey.

Es darf aber hierbey der wichtige Unterschied unter Quartierslast und Einquartierungskosten (§. 2.) nicht ausser Acht gelassen werden, da nicht nur die Entscheidungsnormen, sondern auch die Grundsätze der Theilung in Ansehung beider sehr verschieden sind.

§. 21.

§. 21.

Die Quartierslast besteht lediglich darin, daß der Hausbewohner den Einquartierten einen Theil seiner Wohnung überlassen, und in der Regel auch den sogenannten kleinen Service prästiren muß (§. 2). Die Hauptbeschwerde ist hiebey die Beengung des Raums und folglich die Verhinderung des völlig freien Gebrauchs der vermietheten Sache. Nach dem Geiste der römischen Gesetze aber begründet eine solche Verhinderung für den Miether das Recht, einen verhältnißmäßigen Erlaß an dem Miethzinse zu fordern, weil es für unbillig gehalten wird, daß der Vermiether den ganzen Miethzins ziehe, während der Miether die gemiethete Wohnung ganz zu benutzen verhindert wird.

Böhmer de obligatione locatoris ob impeditum rei locatae vsum, c. 1. §. 17 seq. c. 2 §. 36. 38. 39. Elect. jur. civ. T. 1. pag. 275. 292 seq.

Da nun kein Grund gegen die Anwendbarkeit der römischen Gesetze in diesem Falle, indem dabey lediglich das Privat-Verhältniß zwischen Miether und Vermiether berücksichtigt wird, angeführt werden kann; so muß auch darnach in vorkommenden Rechtsstreitigkeiten nothwendig erkannt werden.

§. 22.

Zu bemerken ist jedoch, 1) daß dieser Grundsatz lediglich auf die Beschränkung des Raums anzuwenden ist, und nicht auf den mit der Einquartierung gewöhnlich verbundenen kleinen Service. Dieser veranlaßt einen Aufwand, der überall nicht unter

die Categorie der Verhinderung des völlig freien Gebrauchs der vermietheten Sache gebracht werden kann, und es ist eine ganz willkührliche Behauptung, daß die Einquartierungskosten als eine accessorische Last anzusehen seyen. Böhmer, der dieses

a. a. O. S. 298, Note b.

behauptet, weiß davon selbst keinen befriedigenden Grund anzugeben. Denn daraus, daß wegen der eigentlichen Einquartierung, weil durch sie der Gebrauch der Miethwohnung beschränkt wird, eine Verminderung des Miethzinses gefordert werden kann, und daß mit dieser Einquartierung gewöhnlich noch gewisse Verpflegungskosten verbunden sind, folgt doch keinesweges, daß auch an diesen der Vermiether Theil zu nehmen gehalten sey. Die Gesetze verpflichten ihn nur aus dem Grunde des verhinderten Gebrauches der von ihm vermietheten Wohnung zu einem Erlasse an dem Miethgelde. Darinn aber, daß von den Einquartierten auch des Miethers Sachen gebraucht werden, liegt für ihn kein gleicher Verpflichtungsgrund. Ob er nicht aus andern Gründen zu einer billigen Theilnahme auch an dieser Last für verbunden erachtet werden könne? — diese Frage gehört nicht hieher, und wird erst zu beantworten seyn, wenn von den Einquartierungskosten die Rede ist.

§. 23.

Sodann versteht es sich 2) von selbst, daß, wenn der Miether von dem Vermiether einigen Erlaß am Miethgelde zu verlangen berechtigt seyn soll, ihm

ihm durch die Einquartierung ein Theil seiner Wohnung, den er wirklich brauchte, oder dessen Entbehrung wenigstens ihm große Unbequemlichkeiten verursachte, entzogen seyn muß. Eine unbedeutende Verkürzung oder Beschränkung seines Benutzungsrechts wird billig nicht in Betrachtung gezogen. Wie weit aber die Verkürzung oder Beschränkung gehen müsse, um zu einer Schadloshaltung zu berechtigen, kann natürlich nur nach den jedesmahligen Verhältnissen und Umständen bestimmt werden. Indessen glauben wir, daß folgende allgemeine Sätze dabey wohl zur Direction dienen könnten:

a. Nimmt die Einquartierung einen Raum ein, den der Miethsmann gar nicht zu benutzen pflegte; so kann er auch den Vermiether nicht in Anspruch nehmen.

b. Nimmt die Einquartierung einen Raum ein, den der Miethsmann zugleich mit ihr benutzt, wie dieß in den Wohnungen der Landleute der Fall zu seyn pflegt; so fällt auch sein Recht, Erlaß von dem Vermiether zu fordern, hinweg.

c. Eben dieß ist anzunehmen, wenn die Einquartierung, wie bey einem Durchmarsche, nur vorübergehend ist. Folgen aber Durchmärsche öfter auf einander, so findet natürlicher Weise diese Ausnahme nicht Statt.

§. 24.

Ferner scheint es 3) bey Pächtern und Verpächtern, wo die Wohnung der Hauptgegenstand

des Vertrages niemahls ist (§. 8.), die Billigkeit zu erfordern, daß nur alsdann der Verpächter wegen Einquartierung zu einem Erlasse angehalten werde, wenn der Pächter durch die Beschränkung der ihm eingeräumten Wohnung wirklichen Verlust erlitten hat; wenn er z. B. einen Theil seiner Leute, oder aber statt deren die Einquartierung selbst hätte ausmiethen müssen. Sollte jedoch in dem Pacht-Anschlage die Wohnung besonders und zwar nach gleichem Preise, wie Miethwohnungen in der Gegend bezahlt zu werden pflegen, angesetzt seyn; so müßte auch der Pächter dem Miether gleichgehalten werden. Ausser diesem Falle aber würde die von den Gesetzen bezweckte Billigkeit nicht erreicht werden, wenn man Pächter und Miether nach einerley Grundsätzen beurtheilen wollte, indem, wie bereits oben bemerkt ist, die Verhältnisse gewöhnlich wesentlich verschieden sind (§. 16.).

§. 25.

Weit bedeutender, als die Quartierslast, sind jedoch die Einquartierungs-Kosten (§. 2.), und in Ansehung dieser bieten die gemeinen Rechte keine unmittelbare Entscheidungsnormen dar. Denn die ausdrückliche Beschränkung der Einquartierungs-Last auf die bloße Einräumung der Quartiers, und das, wenn gleich vielleicht nicht immer gehaltene Verbot aller Requisitionen,

l. 5 et 9. C. de metat. l. un. C. de salgam. hosp. non praeb. Nov. 130. c. 1 et 4.

enthob die Gesetzgeber der Nothwendigkeit, in dieser Hinsicht besondere Vorschriften zu ertheilen.

Wir

Wir glauben jedoch, unsere Meinung auch in Beziehung auf die Einquartierungs-Kosten aus dem Geiste der Gesetze, und aus dem zwischen Miether und Vermiether bestehenden Verhältnisse rechtfertigen zu können.

§. 26.

Daß der Miether oder Pächter, welcher Einquartierung aufzunehmen genöthiget ist, die den Einquartierten zu liefernden Bedürfnisse herzugeben, und sonach wenigstens die Einquartierungskosten vorzuschießen verbunden ist, leidet nach der Natur der Sache, wo meistens Gefahr auf dem Verzuge haftet, keinen Zweifel. Daß er aber auch der Theilnahme an diesen Kosten sich nicht entziehen dürfe, scheint um so mehr der Billigkeit gemäß zu seyn, als, so lange die Ausgleichung unter allen Staatsbürgern nicht gesetzlich bestimmt ist, wenigstens die Einwohner eines Orts, welcher mit Einquartierung belegt wird, eine gemeinschaftliche Last gemeinschaftlich zu tragen, angehalten werden müssen. Wir nehmen hierbey besonders auf ausserordentliche Einquartierung, vorzüglich feindliche, Rücksicht. Diese ist ein zufälliges Ereigniß, welches alle Einwohner des Orts trifft. Der Feind nimmt sein Quartier, oder läßt sichs anweisen, wo Raum sich findet, oder gemacht werden kann, und wegen der Befriedigung seiner Bedürfnisse hält er sich an den Hausbewohner, und nicht an den Eigenthümer. Jener erhält die Einquartierung nicht, weil er gerade in dem gemietheten Hause, sondern weil er in dem Orte wohnt, wo er seines Interesse, seiner Bequemlichkeit oder seines

Ver-

Vermögens wegen sich niederzulassen für gut gefunden hat. Er kann sich also der Theilnahme an einer Last nicht entsagen, die ihrer Natur nach nicht sowohl das Haus, als vielmehr seine Vorräthe und seine Casse in Anspruch nimmt.

§. 27.

Auf der andern Seite ist aber der Vermiether oder Verpächter, als Eigenthümer des Hauses, welches er durch Vermiethung benutzt, eben so gut als Einwohner des Orts zu betrachten, wie jener. Da nun, der Natur der Sache nach, die Einquartierung alle Ortseinwohner trifft (§. 26.); so muß auch der Eigenthümer einer vermietheten Wohnung an den Einquartierungskosten Theil nehmen. Benutzte er, statt den Miethzins zu ziehen, die Wohnung selbst; so würde ihn die zufällige Last ganz treffen, die er nun mit dem Miether und Pächter theilen kann. Dieser übet nur gegen Bezahlung die Rechte des Eigenthümers aus, und da beide von derselben Sache Vortheil ziehen; so ist es auch billig, daß beide die in Beziehung auf dieselbe auferlegte Last tragen. Daß aber nicht doppelte Einquartierung — einmal für den Eigenthümer, und dann für den Bewohner — stattfindet, versteht sich von selbst, da es nur ein Object ist, welches beide benutzen — der eine durch den Miethzins, der andere durch die wirkliche Bewohnung.

§. 28.

Hierzu kömmt nun noch die sehr gegründete Betrachtung, daß durch die Aufnahme der Einquartierung und die Leistung dessen, was dabey sonst

noch

noch verlangt wird, der Miether oder Pächter sowohl von sich, als von dem Eigenthümer, größeren Schaden abwender, von sich — Plünderung seiner Haabseligkeiten, vielleicht persönliche Mißhandlung, von diesem — den Ruin seiner Gebäude; und wenn gleich der erstere Fall eher und öfter zu besorgen seyn dürfte, als der letztere, so muß jedoch hierbey in Erwägung gezogen werden, daß die Gesetze dem Miether oder Pächter wegen allzudrückender Einquartierungslast die Befugniß beilegen, nach vorgängiger Anzeige bey dem Eigenthümer abzuziehen,

l. 13. §. 7. l. 27. pr. D. loc. cond.

und ihn also in den Stand setzen, nicht nur die Gebäude der Discretion des Militärs zu überlassen, sondern auch überhaupt die ganze Last auf den Eigenthümer zu wälzen.

§. 29.

Nach diesen Grundsätzen hat schon in älteren Zeiten unser Collegium gesprochen,

Strube Rechtl. Bedenken, Bd. 1. Bed. 82.
Band 3. Bed. 87. §. 1.

und auch wir haben sie neuerlich bey vorgekommenen Fällen in Anwendung gebracht. Sie werden von mehreren Rechtsgelehrten, jedoch zum Theil aus verschiedenen Gründen und unter mancherley Modificationen, vertheidigt. Es wird genügen, wenn wir hier

Mevius P. 2. dec. 90.
Bodmann Erörterung der Grundsätze, wornach Kriegsschäden jeder Art festzustellen ꝛc. S. 214 f.
Vogt de eo, quod justum et aequum

vi-

videtur circa metata bellica eorumque onera mixto, vulgo von der Einquartierungslast. Mog. 1796.

anführen, und dabey bemerken, daß wir mit denselben zwar im Wesentlichen, in manchen einzelnen Punkten aber nicht, übereinstimmen.

§. 30.

Es ist jedoch nicht zu leugnen, daß viele angesehene Rechtsgelehrte Grundsätze aufgestellt haben, die mit den unsrigen in völligem Widerspruch stehen, und wir halten uns für verpflichtet, die Meinungen derselben mit den Gründen, warum wir ihnen nicht beipflichten können, kürzlich darzulegen. Vielleicht wird auch unsere hauptsächlich geäusserte Meinung (§. 11 f.) selbst noch durch die große Differenz der Gegner unterstützt, die theils ohne die Quartierslast und Einquartierungs-Kosten zu unterscheiden, theils mit Beobachtung dieses Unterschieds die Einquartierung entweder für eine Real- oder für eine Personallast gehalten wissen wollen, dabey aber zum Theil durch Ausnahmen und Einschränkungen ihre eigene Behauptungen fast ganz wieder aufheben.

§. 31.

Die unter den älteren Rechtsgelehrten herrschende, und in der That auch jetzt noch gemeinere Meinung ist, daß die Einquartierungslast für eine Reallast zu halten sey: die mithin der Vermiether und Verpächter allein zu tragen habe, und wenn man diesen Grundsatz blos auf die gewöhn-

wöhnlichen Einquartierungen in Friedenszeiten anwendet; so dürfte wenig dagegen zu erinnern seyn, da damit wohl die Verfassung, wonicht in allen, doch in den allermeisten teutschen Staaten übereinstimmt, und man überhaupt nicht in Abrede stellen kann, daß, da die Einquartierung, ihrer ursprünglichen Beschaffenheit nach, vorzüglich, oder richtiger einzig, auf dem Bedürfnisse des Raums beruhet, dieselbe eher für eine Real- als für eine Personallast zu achten ist. In dieser Hinsicht, und besonders in Betrachtung der gewöhnlichen friedlichen Einquartierung, mögen dann auch verschiedene neuere Rechtsgelehrte, als

Runde im teutschen Privatrechte, §. 414.

Leist im Staatsrechte, §. 263.

Der Verf. der Bemerkungen über die Einquartierungs-Kosten und deren Vergütung; Celle 1804.

Strelin in der rechtlich-cameralistischen Abhandlung über Kriegslasten und Kriegsschäden. Frankfurt 1799.

dieses ohne weitere Erörterung als Regel angenommen haben.

§. 32.

Mehrere der älteren Rechtsgelehrten nehmen es blos als bekannt an, die Einquartierungs-Last sey eine Real-Last, ohne weitere Gründe anzuführen. Andere, wie z. E.

Tabor de metatis, P. 2. c. 1. §. 13.

Ber-

Berger in oecon. jur. lib. 3. tit. 5. §. 23. not. 6.

Pufendorf T. 4. obs. 107.

Cramer in den Wetzl. Nebenstund. Th. 82. S. 73.

berufen sich schlechtweg auf das römische Recht, nach welchem die Einquartierung eine Patrimonial-Last seyn soll. Allein wir müssen in diesem Falle die Anwendbarkeit des römischen Rechts bezweifeln. Die Beweisstellen sind theils aus dem 41. und 42 Titel des zwölften Buches des Codex (de metatis et epidemeticis, und de salgamo hospitibus non praestando), und aus der 130. Novelle, theils aus dem Pandectentitel de muneribus et honoribus genommen. Allein diese Quellen fließen aus der ehemaligen römischen Verfassung, und können nicht so schlechterdings auf unsere jetzigen Verhältnisse angewendet werden. Insonderheit wird dasjenige, was auf das römische Einquartierungs-System sich bezieht, auf das neuere europäische, oder auch nur teutsche, schwerlich passen. Ohnehin ist in allen hieher gehörigen römischen Gesetzen nicht von feindlicher Einquartierung die Rede, und wir haben schon bemerkt, daß und warum auf die Einquartierungs-Kosten in denselben gar keine Rücksicht genommen ist (§. 25).

§. 33.

Wäre aber auch das römische Recht hier völlig anwendbar; so würde es dennoch schwer halten, aus demselben den Beweis, daß die Einquartierung, als eine Real-Last, auf den Gebäuden hafte, und folglich

lich von deren Eigenthümern zu tragen sey, beizubringen. Die Gesetze stellen nur den Satz auf: die Einquartierung ist eine Last, welche das Vermögen trifft — wessen Vermögen, ob das des Miethers oder des Vermiethers? darüber ist nichts entschieden, wie denn überhaupt das Verhältniß beider in Rücksicht auf Einquartierung von den römischen Gesetzgebern nicht ausdrücklich bestimmt ist.

Strube Rechtl. Bed. Th. 3. S. 316.

Kaum wird einmahl gelegenheitlich der Miether gedacht, die, was sich von selbst versteht, den erforderlichen Raum hergeben sollen.

l. 2. C. de metat.

§. 34.

Es soll aber auch blos aus der, wie behauptet wird, der Einquartierung in den römischen Gesetzen beigelegten Qualität einer Real-Last, auf die Verbindlichkeit der Eigenthümer, sie allein zu tragen, geschlossen werden. Das römische Recht erklärt jedoch die Einquartierung nirgends für ein onus reale (eine auf Grundstücken haftende Last), sondern für ein munus patrimoniale (eine das Vermögen treffende bürgerliche Last). Es unterscheidet bekanntlich personale munus, quod corporibus, labore, cum solicitudine animi ac vigilantia solenniter extitit, und munus patrimonii, in quo sumtus maxime postulatur.

l. 1. §. 3. l. 18. §. 1. D. de muner. et honor.

Von dieser Art nun soll die Einquartierung seyn, wel-

welche jeder Orts-Einwohner der Reihe nach übernehmen mußte. „Eos milites, heißt es in der l. 3. §. 13. 14. D. de muner. et honor., quibus supervenientibus hospitia praeberi in civitate oportet, per vices ab omnibus, quos id munus contingit, suscipi oportet. Munus hospitis in domo recipiendi non personae, sed patrimonii onus est.“ Diese Vermögenslast kann nun eben so gut den Miether treffen, als den Vermiether, in sofern jener in der Ausübung seines durch den Miethcontract erlangten Bewohnungsrechts beschränkt wird. Es wird aber hierbey dieses Verhältnisses gar nicht gedacht. Ganz im allgemeinen wird nur erklärt, die Einquartierung sey kein onus personae, sondern patrimonii; und wenn von ihr gesagt wird, sie klebe der Sache selbst an (rei proprie cohaeret),

l. 11. D. de muner. et honor.

so kann dies nicht anders verstanden werden, als daß ohne die Sache (das Gebäude) die Last nicht denkbar sey, wie solches ein in diesem Gesetze zugleich angeführtes Beispiel von der Wegbau-Pflicht bestärket, die das Röm. Recht den Besitzern der angrenzenden Grundstücke auflegt,

l. 18. §. 15. D. de muner. et honor.

der es also, ohne diese, an ihrem Gegenstande gänzlich fehlen würde.

§. 35.

Ueberhaupt stehen alle diese Bestimmungen mit der römischen Municipal- Finanz- und Kriegsverfassung in einer zu engen Verbindung, als daß man

man jetzt noch bey ganz veränderten Umständen davon mit Sicherheit Gebrauch machen könnte. Sonst ließe sich vielleicht aus andern Gesetzstellen sogar darthun, die Einquartierung sey nach römischem Recht eine Personal-Last. Zwar leidet es keinen Zweifel, daß sie auf den Häusern haftet, in sofern sie in dieselbe gelegt werden muß: aber ob der jedesmahlige Besitzer (Bewohner) oder der Eigenthümer sie tragen muß, ist dadurch noch nicht entschieden. Die römischen Gesetze machen zwischen Patrimonial-Lasten, die schlechterdings nur dem Eigenthümer, er mag Bürger oder Einwohner seyn, und solchen, die jedem Besitzer auferlegt werden, einen wesentlichen Unterschied, und zu den letztern rechnen sie gerade die auf den Häusern haftenden Lasten.

l. 6. §. 4. 5. l. 18. §. 21. 22. D. de muner. et honor.

Allein es würde in der That gewagt seyn, hieraus einen Schluß auf die Qualität der Einquartierungs-Last zu ziehen, die freilich, nach römischen Begriffen, nie eine Personal-Last, d. h. eine solche, die den Körper oder Geist angreift, seyn kann, dessen ungeachtet aber eine Last, die das Vermögen des Miethers oder Pächters trifft, seyn könnte. Dies alles zeigt aber, daß aus den römischen Gesetzen der Beweis für die behauptete Real-Last nicht geführt werden kann.

§. 36.

Man hat daher auch diesen Satz auf einen festern Grund zu bauen versucht: auf die Natur

der

der Sache. Unter den ältern Rechtsgelehrten hat hauptsächlich

Leyser in den Med. ad Pand. Vol. 10. spec. 661. m. 7.

sich darauf bezogen, und noch eine ausführlichere Entwickelung dieses Grundes findet sich vorzüglich bey

Winkler in seiner Abhandlung von Kriegsschäden der Pächter uud Miethleute; und

in der Dissertation des Barons v. Stein über die Frage: damna per hospitationes militares, vulgo Einquartierungen, conductori illata, a locatore quatenus resarcienda sint? (Lips 1798).

Ohne Haus, sagen diese Rechtsgelehrten, finde keine Einquartierung statt. Es folge also von selbst, daß die Last derselben auf dem Hause hafte, d. h. eine Reallast seyn müsse. So wie nun die Grundsteuern nicht vom Miether, sondern vom Vermiether zu tragen seyen, eben so verhalte es sich mit der Einquartierung, als einer Grundbeschwerde. Dieser nutze sein Haus durch jenen, indem er für dessen Bewohnung die Miethe ziehe, und es sey gleichgültig, ob einer sein Haus selbst oder durch einen Andern bewohne. Da nun die Einquartierungskosten ein unzertrennliches accessorium der Quartierslast seyen, indem diese nur in Beziehung auf das Haus und als eine demselben anklebende Grundbeschwerde statt finde; so müsse der Eigenthümer auch jene Kosten übernehmen, und der Miether könne wegen der ganzen Einquartierungs-Last von dem Vermiether Ersatz fordern.

§. 37.

§. 37.

Diese Argumentation scheint uns jedoch keinen Beifall zu verdienen. Denn daraus, daß ohne Haus keine Einquartierung möglich ist, folgt keineswegs, daß der Eigenthümer des Hauses sie allein tragen muß. Sie ist im physischen Sinne allerdings eine Reallast, oder, wie das römische Recht sagt, rei proprie cohaeret; aber deßbalb ist sie's nicht im rechtlichen Sinne. Daß sie den Grundsteuern gleich zu achten sey, ist eine petitio principii, weil erst erwiesen seyn muß, daß sie eine Grundbeschwerde ist; und wenn man gleich sagen kann, daß der Eigenthümer sein Haus durch den Miethsmann bewohne, so ist doch auch nicht zu läugnen, daß der Miethsmann in Ansehung des erworbenen Bewohnungsrechts nicht als bloßer Stellvertreter des Vermiethers anzusehen ist. Ohnehin kann auch dieser Grund erst alsdann von einiger Erheblichkeit seyn, wenn die Realqualität der Einquartierungs-Last in der Maße dargethan ist, daß die Verbindlichkeit des Eigenthümers, sie allein zu tragen, nicht weiter bezweifelt werden kann. Daß übrigens das ganze Argument auf die Einquartierungskosten nicht paßt, und daß diese als accessorium nicht zu betrachten seyen, glauben wir oben bereits hinreichend dargethan zu haben (§. 22.). Soll das Bedürfniß des Raums die Realqualität der eigentlichen Einquartierung begründen; so würde aus dem Bedürfniß der Nahrungsmittel ꝛc., dessen Befriedigung nur von den Einwohnern erwartet werden kann, die Personal-Qualität der Einquartierungskosten mit gleichem Rechte hergeleitet werden können.

§. 38.

§. 38.

Die bisher beleuchtete Meinung wird übrigens durch mancherley Modificationen und Ausnahmen gemildert, die vielleicht mehr, als alle Gegengründe, die Unhaltbarkeit derselben beweisen. Eine geringe Beläſtigung durch bloße Einquartierung soll der Miether tragen; die dabey gehabten Ausgaben jedoch soll ihm der Vermiether erstatten.

Winkler a. a. O. S. 406. 407. 413. 425.
v. Stein a. a. O. §. 25.

Einige aber wollen dieses nur gelten lassen, wenn die Ausgaben beträchtlich waren, und Andere wollen sie in diesem Falle unter dem Miether und Vermiether theilen.

Müller ad Struv. exercit. 24. thes. 19.

Wir haben in anderer Hinsicht schon bemerkt, was wir von diesen Ausnahmen und ihrer Statthaftigkeit nach gehörig begründetem Verhältniß zwischen Miether und Vermiether halten (§. 23. 24.), und glauben uns hier darauf beziehen zu können.

§. 39.

Eine weitere Ausnahme zum Vortheil des Vermiethers soll alsdann eintreten, wenn in Kriegszeiten gemiethet ist, und der Miether der Einquartierung halber sich nicht besonders vorgesehen hat. In diesem Falle soll er die ganze Last allein tragen.

Winkler a. a. O. S. 417. ibique alleg.

Da jedoch bey dem Mangel einer ausdrücklichen Verabredung unter den Parteyen allemahl anzunehmen ist, daß sie dasjenige gewollt haben, was deßhalb

den

den Rechten überhaupt gemäß ist, und da ein Miether im Vertrauen auf die Lehre von der Reallast alle besondere Bedingungen für überflüssig gehalten haben kann; so scheinen die Anhänger dieser Meinung durch die Aufstellung jener Ausnahme ihre eigene Ueberzeugung nicht wenig verdächtig zu machen. Denn nach ihrer Theorie war es Sache des Verpächters oder Vermiethers, eine Ausnahme von der Regel zu bedingen, wenn er die Anwendung dieser gegen ihn vermeiden wollte. Nicht zu gedenken, daß es offenbar unbillig seyn würde, dem Miether oder Pächter eine Last blos um deßwegen allein aufzubürden, weil sie mit mehr Wahrscheinlichkeit zu besorgen war, als in Friedenszeiten.

Struben rechtl. Bedenken; Thl. 3. S. 319.

§. 40.

Ferner soll auch alsdann der Vermiether von der Einquartierungslast ganz frey bleiben, wenn die ordentliche Obrigkeit die einzuquartierenden Soldaten den Miethleuten nahmentlich für ihre Person einleget, es sey nun mündlich oder durch ein nahmentlich auf den Miethsmann gerichtetes Billet, wozu die Obrigkeit besonders bey starken Einquartierungen vollkommen berechtigt sey.

Winkler a. a. O. S. 413.

Niemand wird nun zwar die Befugniß der Ortsobrigkeiten bezweifeln, nach Umständen die Miethsleute ausdrücklich mit Einquartierung zu belegen, obgleich die Eigenthümer zu deren Aufnahme in der Regel vorzüglich verpflichtet sind (§. 15). Aber keine Obrigkeit kann befugt seyn, durch ihre

Verfügungen oder Billets das rechtliche Verhältniß zwischen Miether und Vermiether willkührlich zu verrücken. Ist die Einquartierung eine Real-Last, und hat der Miether, es sey nun in Folge einer Anweisung an seine Miethwohnung, oder an seine Person, Quartier geben müssen; so bleibt ihm immer der Regreß an seinen Vermiether. Wäre aber die Einquartierung eine Personal-Last, so könnte der Miether von dem Vermiether sicher keinen Ersatz verlangen, wenn gleich auf dem Quartierbillet nicht sein Nahme, sondern nur die Nummer des gemietheten Hauses stände.

§. 41.

Die Behauptung, daß die Einquartierung überhaupt eine Personal-Last sey, ist eine singuläre Meinung, die Graevius in seiner Dissertation de metatis aufgestellt hat, geblieben, indem sie in dieser Ausdehnung keine Anhänger, sondern sogar an dem Präses ihres Urhebers,

Leyser (Med. ad Pand. l. c.)

sogleich einen Widersacher gefunden hat. Die römischen Gesetze, welche Grävius für sich anführt:

l. 32. §. 6. D. de administrat. tut.

l. 15. §. 2. D. loc.

l. 8. C. de metat.

zeigen auf den ersten Blick, daß sie dasjenige nicht beweisen, was sie beweisen sollen. In der ersten Gesetzstelle ist gar nicht von der Einquartierung die Rede, sondern von Getreidelieferungen und Contributionen; in der zweiten von muthwilligen Hand-

lun-

lungen vorüberziehender Soldaten; und in der dritten von der Einquartierungs-Freiheit, die gewissen Personen aus besondern Gründen verwilligt seyn soll.

§. 42.

Aber auch auf die Natur der Sache beruft sich Grävius, und es hat einigen Schein, wenn er sagt, die feindliche Einquartierung sey ein Zufall, der ganz eigentlich die Bewohner der Häuser, und ihre Mobilien und Vorräthe treffe, nicht aber die Hauseigenthümer. Es wird jedoch dabey nicht bedacht, daß auch diese als Bewohner des Orts zu betrachten sind, und daß, wenn die Regel angewendet werden soll: casum sentit dominus — der Eigenthümer des Hauses nicht vergessen werden darf. Denn auch ihm gereicht die gutwillige Aufnahme und Verpflegung der Einquartierung zum Vortheil (§. 28), so daß es ungerecht seyn würde, dem Miether oder Pächter die Last allein aufzubürden, die der Vermiether oder Verpächter allein würde zu tragen gehabt haben, wenn er nicht der Selbstbenutzung die Vermiethung oder Verpachtung vorgezogen hätte (§. 27).

§. 43.

Es bleibt uns nunmehr nur noch übrig, die Meinungen derjenigen, welche die Quartierslast und die Einquartierungskosten unterscheiden, mit wenigen Worten zu berühren, indem sich deren Beurtheilung aus dem Vorhergehenden von selbst ergiebt. Einige erklären die bloße Quartierslast

 für

für eine Personal-Last, die der Miether tragen müsse.

Hahn ad Wesenbec. l. 19. tit. 2. n. 16. v. Buinink Merkwürdige Rechtshändel, B. 4. S. 283. 284.

Andere legen sie als eine Real-Last dem Vermiether auf, weil sie ihrer Natur nach keiner Person, sondern blos den Häusern aufgebürdet werden könne.

Abhandlung: Ist der Miethsmann eines ganzen Hauses von den Verpflegungskosten, welche die Einquartierung fremder feindlichen Truppen veranlaßt hat, freizusprechen? (Celle 1804) S. 15.

In Ansehung der Einquartierungskosten ist die Verschiedenheit der Meinungen noch größer. Einige machen sie zu einer gemischten, andere zu einer Real- und wieder andere zu einer Personal-Last.

Walther Eunomia metat. c. 6. §. 31. Abhandl.: Ist der Miethsmann ꝛc. S. 17 f. u. a. m.

§. 44.

Wenn nun nach unserm Dafürhalten die gesammte Einquartierungs-Last für Miether und Vermiether, Pächter und Verpächter gemeinschaftlich ist, jedoch so, daß die Quartierslast zu einem verhältnißmäßigen Erlasse an dem Mieth- oder Pachtgelde verpflichtet (§. 21.), die Einquartierungskosten aber durch eine billige Concurrenz beider Theile auszugleichen sind (§. 26 f.); so entsteht die weitere Frage: nach welchem Verhältniß die Last

von

von Jedem zu tragen sey? bey deren Beantwortung nothwendig wieder die Einquartierungskosten von der Quartierslast abzusondern sind.

§. 45.

Da in Ansehung dieser der Miether oder Pächter, welcher Einquartierung hat aufnehmen müssen, von dem Vermiether oder Verpächter nur einen Erlaß am Miethgelde fordern kann, dieser aber von der Dauer oder Häufigkeit und dem Umfang der Einquartierung und selbst der verschiedenen Lage der Pächter und Miether abhängt (§. 23); so muß nach den jedesmahligen Umständen die Summe des Erlasses entweder gütlich ausgemittelt oder gerichtlich bestimmt werden, wobey, wenn ein bloßer Miethcontract zum Grunde liegt, das Verhältniß des von der Einquartierung eingenommenen Raums zu dem Miethgelde einen angemessenen Maßstab abgeben kann. In Ansehung des Pachtverhältnisses muß dasjenige berücksichtigt werden, was deßfalls oben erinnert ist (§. 24). Es versteht sich aber, daß hier nur der gehinderte oder beschränkte Gebrauch der Miethwohnung und sonst nichts in Anschlag gebracht werden darf. Uebrigens ist nicht nur der Miethbewohner eines ganzen Hauses, sondern auch der eines Stockwerks oder einiger Zimmer, wenn er genöthigt worden ist, einen Theil der Einquartierung einzuräumen, zum Erlaß am Miethgelde berechtigt. Bodmann hat

in s. angef. Werke, S. 216.

eine Schätzung der Stockwerke, welche aber auf willkührlichen Voraussetzungen beruhet und daher

nicht

nicht als Muster für ähnliche Fälle empfohlen werden kann.

§. 46.

Was nun hiernächst die Einquartierungskosten betrifft; so müssen wir forderſamſt darauf aufmerkſam machen, daß, nach den von uns gebilligten Grundſätzen, der Hauseigenthümer, welcher einzelne Theile ſeines Hauſes vermiethet hat, die Bewohner derſelben mit gleichem Rechte, wie ſolches gegen den Miether eines ganzen Hauſes ſtatt findet, zu einer billig-mäßigen Concurrenz anzuhalten berechtigt ſeyn würde, daß uns jedoch von dergleichen Anſprüchen noch keine Beiſpiele vorgekommen ſind, daß ſie auch, beſonders in Städten, wo die Vermiethung der Wohnungen bedeutenden Gewinn zu gewähren pflegt (§. 7), keine große Begünſtigung zu verdienen ſcheinen, und daß vorzüglich die Bewohner weniger Zimmer meiſtentheils ſchon ihren Beitrag in der Miethe leiſten werden. Ueberhaupt würde in dieſem Falle bey einer vorzunehmenden billigen Vertheilung ſehr darauf zu ſehen ſeyn, wie hoch der Eigenthümer ſein Haus nützet, und ob er nicht vielleicht bey der Beſtimmung des Miethgeldes auch auf auſſerordentliche Einquartierungen und die damit verbundenen Koſten Bedacht genommen habe? Der häufigere Fall wird übrigens immer der ſeyn, daß der Miether oder Pächter von dem Vermiether oder Verpächter wegen des durch Einquartierung veranlaßten Aufwandes Erſatz fordert, und man wird daher von dieſem Geſichtspunkte hauptſächlich und um ſo mehr ausgehen können, als die aufzuſtellenden Grundſätze nur mit einigen Modificationen auch

in

in dem andern, seltenern Falle ihre Anwendung werden finden können.

§. 47.

Aber auch hier läßt sich unmöglich eine allgemeine Norm angeben. Zwar wird man sagen, es sey dadurch der richterlichen Willkühr freies Spiel gegeben. Allein der allgemeine Grundsatz muß doch immer dem Richter zur Leitung dienen; und wie weit willkührlicher würde es seyn, wenn man das Verhältniß ein- für allemahl mathematisch bestimmen wollte? Wie oft würde dadurch bald der Miether, bald der Vermiether unverhältnißmäßig begünstiget oder bedrückt werden? — Bodmann stellt das Miethgeld auf die eine — die Bewohnung auf die andere Seite, schlägt beide gleich-hoch an, und folgert daraus, daß Miether und Vermiether die Einquartierungskosten zu gleichen Hälften tragen müssen.

a. a. O. S. 226.

Manchmahl kann man vielleicht ohne Unbilligkeit so rechnen; in der Regel muß man aber bedenken, daß der Vermiether, indem ihm durch das Miethgeld sein Capital verzinset und gemeiniglich auch der Betrag der gewöhnlichen Abgaben und Reparaturkosten erstattet wird, sein Eigenthum vollständig nutzet, der Miether aber durch die Ausübung des Bewohnungsrechts nichts genießt, als was er völlig und oft über den Werth bezahlt. Nimmt man nun noch weiter die Gründe, welche die gemeinschaftliche Verpflichtung des Miethers und Vermiethers rechtfertigen (§. 21 ff.), in nähere Erwägung, so wird

man

man finden, daß sie auf der Seite des Vermiethers überwiegend sind, und sonach wird man auch als Regel annehmen können, daß sein Antheil der größere seyn müsse. Ausnahmen von dieser Regel können allerdings von besondern Umständen herbeigeführt werden, und bey dem Pächter dürften dieselben weit leichter, als bey dem Miether eintreten (§. 8. 16).

§. 48.

Dem richterlichen Ermessen muß also in jedem einzelnen Falle die Bestimmung überlassen werden. Dabey wird dann zuvörderst vorausgesetzt, daß von dem zu leistenden Ersatze alles ausgeschlossen seyn muß, was der Quartiergeber aus völlig freiem Willen mehr leistet, als nöthig ist. Die Nothwendigkeit wird aber entweder durch Reglements und Ordonnanzen, oder durch besondere Verfügungen derer, die dazu berechtigt sind, oder doch die Gewalt dazu haben, oder endlich durch die Gewohnheit des Orts bestimmt. Nicht weniger müssen die ausserordentlichen Erpressungen der Einquartierten den Plünderungen gleichgeachtet werden, die den Miether allein treffen. Im übrigen aber hängt die Bestimmung der beiderseitigen Concurrenz von dem Ermessen des Richters ab, welcher dabey auf die Größe, den Werth und die Benutzung des Hauses zu sehen hat, insonderheit ob dasselbe mehrere Baustellen einnimmt: was für bürgerliche Vortheile sonst davon gezogen werden: ob diese der Miether oder der Vermiether genießt: ob aus öffentlichen Fonds wegen der Einquartierung einige Beihülfe geleistet oder ob in Ansehung derselben an andern

dern öffentlichen Lasten etwas erlassen wird u. s. w. Eben so müssen auch die Umstände des Miethers, sein Gewerbe, seine Habseligkeiten ꝛc. in Erwägung gezogen werden. Ganz genaue Kenntniß kann man zwar selten von diesem allen erhalten: aber es ist auch genug, wenn der Richter nur einige data für sein arbitrium hat.

Strube Rechtl. Bed. Thl. 3. Bed. 317. 318.

Unser Collegium hat in einem vorgekommenen Falle zwischen Pächter und Verpächter zu $\frac{1}{3}$ und $\frac{2}{3}$ getheilt.

Strube a. a. O. Thl. 1. S. 195.

Es kann dieses jedoch keine Regel für alle Fälle geben, und am wenigsten unbedingt auf Miether und Vermiether angewandt werden.

§. 49.

Unserm Dafürhalten nach würde, wenn ein ganzes Haus gemiethet ist und keine besondere Umstände eintreten, der Miether billig nicht mehr als $\frac{1}{3}$ der Einquartierungskosten zu übernehmen haben. Wenn dem Bewohner einer Etage Einquartierung eingelegt würde, die nach dem Verhältniß derselben zu dem Umfange des ganzen Hauses bestimmt wäre; so würde eben dieser Theilungsgrund anzunehmen seyn. Wäre aber die Einquartierung fürs ganze Haus dem Bewohner einer Etage eingelegt; so würde der ihm zu leistende Ersatz verhältnißmäßig größer seyn müssen. Die Bewohner einzelner Zimmer werden zwar gewöhnlich mit Einquartierung verschont. Sollte aber der Fall doch eintreten; so würde billig der Hauseigenthümer die

ganze

ganze Last der Einquartierungskosten zu übernehmen haben.

§. 50.

Bey Pächtern ist zwar die Concurrenz der Verpächter zu den Einquartierungskosten auch für billig erachtet worden. Allein da diese auch von dem Ueberschuß des Pachtertrages genommen werden können; so muß an sich schon ein großer Aufwand erforderlich gewesen seyn, wenn überhaupt der Verpächter mit herbeigezogen werden soll, und würden wir im allgemeinen dem Pächter $\frac{2}{3}$tel, dem Verpächter aber $\frac{1}{3}$tel der Einquartierungskosten auflegen. Wäre aber des Pächters Aufwand so beträchtlich, daß, nach Abzug desselben von dem Pachtertrag, ihm nicht einmahl das ganze Pachtgeld übrig bliebe; so könnte, nach Maßgabe des an diesem entstandenen Defects, das eben bestimmte Verhältniß umgekehrt, oder auch eine gleiche Theilung bestimmt, oder die Concurrenz des Verpächters auf $\frac{3}{4}$tel erhöhet werden. „Wenn der Verpächter das ganze Pachtgeld empfänget, der Pächter aber großen Schaden gelitten hat; so kann jener sich nicht beschweren, wenn man ihn verurtheilt, nach Proportion der gehobenen Nutzungen, ein mehreres zu übernehmen, als der Pächter. Dieser kann aber auch nicht verlangen, ganz frey auszugehen, da seine Habseligkeiten durch den Aufwand mit gerettet worden.“

Strube Rechtl. Bed. Thl. 1. S. 195.

§. 51.

Wir verkennen übrigens das Unzuverlässige und Schwankende dieser ganzen Theorie nicht. Wir hal-

halten sie aber für die einzige, die dem Geiste unserer privatrechtlichen Vorschriften entspricht, denen, und nicht selbst-geschaffenen Gesetzen oder eingebildeten Billigkeitsgründen, im Urtheilen zu folgen, beschworne Pflicht ist. Wir halten sie überdieß im Ganzen für die billigste, und selbst für die dem allgemeinen Interesse am wenigsten nachtheilige — so lang als der, nach unserm Ermessen allein durchgreifende und der Gerechtigkeit völlig entsprechende Grundsatz der Vertheilung der Einquartierungskosten unter allen Unterthanen noch nicht durch die gesetzgebende Gewalt sanctionirt ist.

Zweiter Abschnitt.

Von extraordinären Natural-Magazin-Lieferungen.

§. 52.

Unter extraordinären Natural-Magazin-Lieferungen verstehen wir solche Beiträge zum Unterhalt des Militärs und der dazu gehörigen Pferde an Getreide aller Art, Heu und Stroh, welche von den Landwirthen ausser demjenigen, was nach der Landesverfassung für das einländische Militär geliefert werden muß, gefordert werden. Wir glauben hierbey folgende Fälle unterscheiden zu müssen:

1. Die Lieferungen werden vom Feinde selbst durch Requisitionen an Einzelne aufgebracht;
2. die Lieferungen werden durch allgemeine Requisitionen an das Land verlangt und durch die Landesbehörden bestimmt und ausgeschrieben.

Hier-

Hierbey tritt sodann wieder ein doppelter Unterschied ein:

a. in Ansehung der Personen, in sofern
überhaupt die Lieferungen den Besitzern der zu liefernden Bedürfnisse ohne Unterschied, oder
insonderheit, und ausdrücklich
den Gutsbesitzern, und zwar entweder
allen, oder nur den freyen, oder aber
den Pächtern, als solchen,
auferlegt werden;

b. in Ansehung des Zweckes, in sofern
entweder nur augenblickliche Befriedigung des Bedürfnisses,
oder wirkliche Besteuerung derer, von welchen die Lieferungen gefordert werden, beabsichtigt wird.

§. 53.

Von diesen verschiedenen Fällen können sofort diejenigen abgesondert werden, welche auf das Verhältniß zwischen Pächter und Verpächter keinen Einfluß haben. So wird es zuvörderst nicht bezweifelt werden können, daß, wenn von der dazu autorisirten rechtmäßigen Behörde Natural-Magazin-Lieferungen, als wirkliche Steuern, ausgeschrieben und dabey die Grundsätze bestimmt werden, nach welchen Pächter und Verpächter dazu concurriren sollen, es dabey sein Bewenden haben muß. Eben dieses ist der Fall, wenn die Lieferungen ausdrücklich von den Gutsbesitzern, als Eigenthümern, oder umgekehrt von den Pächtern, als solchen, und zwar als ausserordentliche Kriegssteu-

steuern, gefordert werden. Geschieht dieß, was jedoch nicht häufig vorkommen dürfte, so muß man annehmen, daß diese verschiedenen Classen von Landwirthen in Rücksicht auf ihren Erwerb besonders haben besteuert werden sollen, und keiner kann deßhalb den andern in Anspruch nehmen. Nicht weniger würde alsdann der Zweck einer ausserordentlichen Besteuerung nicht zu verkennen seyn, wenn allein den freyen Gutsbesitzern extraordinäre Lieferungen auferlegt würden.

§. 54.

Einige durch die letzte französische Invasion veranlaßte Verfügungen des Landes-Deputations-Collegii können zum Theil zur Erläuterung dieser Bemerkungen dienen. Durch ein Ausschreiben vom 7. Sept. 1803 wurde bekannt gemacht:

Zur höchstnothwendigen Ersparung in den großen Geldausgaben für die Lieferungen der Fourage und des Brodkorns, behuf der französischen Truppen, sey es zuträglich erachtet worden, die erforderlichen Naturalien von den sämmtlichen freyen und pflichtigen Einwohnern des platten Landes in Natur, und zwar, so sich die Lieferung verhältnißmäßig zu der an die inländische Cavallerie belaufe, ohne eine Geldvergütung aus der Magazin-Casse, das mehr erforderliche aber, jedoch höchstens nur bis zum Belauf der Hälfte jener Rationen, gegen Bezahlung des marktgängigen Preises liefern zu lassen.

Durch ein Ausschreiben des Calenberg-Grubenhagenschen-Landes-Deputations-Collegii vom 10ten Sept.

Sept. 1803 wurde hierauf das Verhältniß zwischen Pächtern und Verpächtern in Ansehung dieser Lieferungen festgesetzt.

§. 55.

Daß hier eine wirkliche Kriegssteuer zum Grunde lag, kann wohl nicht bezweifelt werden, und das Calenberg-Grubenhagensche Landes-Deputations-Collegium erklärte selbst in einem Ausschreiben vom 8. März 1805: diese Magazin-Lieferung eigne sich zu einer wahren Natural-Kriegssteuer. Die Absicht der Ausgleichung ergiebt sich auch aus dem Versprechen der Bezahlung; und wurde die Last nicht nur unter alle Einwohner des platten Landes in sämmtlichen Hannöverischen Provinzen verhältnißmäßig vertheilt, sondern stand sie auch mit den besondern Lasten der übrigen Landeseinwohner in einem billigen Verhältnisse, so entsprach sie dem Begriffe einer gerechten Besteuerung völlig. Ausserdem würden freilich die Prägravirten hinreichenden Grund zu Beschwerden haben, die aber aus Furcht vor einer Menge Weitläufigkeiten und Schwierigkeiten selten gehörigen Orts erhoben werden.

§. 56.

Ueberhaupt sind, nach richtigern Grundsätzen, auch die extraordinären Natural-Magazin-Lieferungen als Kriegslasten zu betrachten, die der ganze im Kriege befangene Staat zu übernehmen und zu erstatten hat.

Weber über die Repartition der Kriegsschäden; §. 87.

Ge-

Geschieht dieses; so fallen alle gegenseitige Ansprüche der Pächter und Verpächter, alle darauf sich beziehende Streitigkeiten hinweg. Aber auch von diesem Grundsatze gilt dasjenige, was wir über seine erst von einer gesetzlichen Bestimmung abhängende Anwendbarkeit in Ansehung der Einquartierungs-Last bereits bemerkt haben (§. 19). Vorerst wird man sich daher auch hier mit privatrechtlichen Entscheidungsnormen begnügen müssen, und in dieser Hinsicht wird blos die Frage zu entscheiden seyn:

Ob und in wiefern der Pächter wegen der von ihm geleisteten Lieferungen von dem Verpächter Ersatz fordern könne?

§. 57.

Es versteht sich von selbst, daß, wenn in der Absicht einer wirklichen Besteurung die Lieferungen den Eigenthümern auferlegt, und demnächst von den Pächtern geleistet sind, diesen der volle Ersatz gebührt, indem sie nur vorschußweise dasjenige übernommen haben, was dem Verpächter eigentlich oblag (§. 52, 53). Sind hingegen die Lieferungen durch Requisitionen von Einzelnen beigetrieben, oder auch von den Behörden ordentlich ausgeschrieben, aber im allgemeinen von den Besitzern der Lieferungsobjecte zur augenblicklichen Befriedigung des Bedürfnisses gefordert (§. 52), und solchemnach von den Pächtern geleistet worden; so wird von der Beantwortung der obigen Frage die Beurtheilung der Ansprüche, die deßhalb von den Pächtern an die Verpächter gemacht werden könnten, abhangen.

§. 58.

§. 58.

Die Meinungen der Rechtsgelehrten sind auch hier äusserst verschieden. Winkler

in der Abhandlung von Kriegsschäden der Pächter und Miethsleute; Abschn. I. Hstck. 6. und a. a. O.

geht von dem Grundsatze aus, daß die ausgeschriebenen Lieferungen eigentlich dem Eigenthümer auferlegt werden, und daß sie folglich dem Pächter, wenn er sie leistet, von dem Verpächter erstattet werden müssen. Allein diese Voraussetzung ist unrichtig, wenn überhaupt ohne ausdrückliche Auflage an die Grundeigenthümer Naturalien-Lieferungen ausgeschrieben werden, und man könnte vielleicht mit dem

Freiherrn v. Riedesel de remissione merced. in loc. cond. ob calam. bell. c. 3. §. 2.

eher behaupten, daß in diesem Falle anzunehmen sey, die Eigenthümer der Naturalien müssen die Lieferung, als eine den Früchten auferlegte Beschwerung, allein tragen. Diese Meinung scheint noch überdieß durch die schon oben (§. 41) angeführte l. 32. §. 6. D. de administr. et per. tut. bestärkt zu werden, wo genehmigt wird, daß ein Vormund Ausgaben für Lieferungen in Rechnung bringe, cum esset ex civitate, in qua vsitatum erat ipsos dominos praediorum, non conductores, onera annonarum et contributionum temporariarum sustinere. Allein diese Gesetzstelle geht offenbar nicht auf ausserordentliche Lieferungen, und beweiset höchstens, daß jene Abgaben

bey

bey den Römern gewöhnlicher Weise von den Pächtern übernommen wurden. Geschieht dieß durch den Pachtvertrag, oder ist es allgemeine Observanz, so bedarf es natürlicher Weise keiner weiteren Frage. Aber wenn außerdem Lieferungen von dem Pächter, und zwar nicht als eine ihm insbesondere auferlegte Steuer, gefordert werden; so mag man das immerhin als eine die Früchte treffende Beschwerung ansehen: es folgt daraus doch nicht, daß deshalb der Verpächter ganz frey ausgehen dürfe.

§. 59.

Unserer Meinung nach ist es nehmlich den von dem Pachtvertrage handelnden Gesetzen gemäß, daß in den angegebenen Fällen (§. 53. 57.) dem Pächter wegen geleisteter Lieferungen ein verhältnißmäßiger Erlaß an dem Pachtgelde bewilliget werde. Es scheint uns dieses aus der — nach den gemeinen Rechten dem Pachtvertrage zum Grunde liegenden Regel: daß ein billiges Verhältniß zwischen den Nutzungen der Pachtung und dem Pachtgelde erhalten werden müsse,

Böhmer de obligat. locat. ob usum imped. §. 7. 8. Electa jur. civ. T. I. p. 261.

zu folgen, und diese Regel findet insonderheit auch alsdann ihre Anwendung, wenn unglückliche Zufälle die Nutzungen der Pachtung durch einen bedeutenden Verlust an den Früchten vermindert haben, und zwar sowohl an den noch auf dem Halme stehenden, als an den bereits eingeerndteten Früchten, sofern sie von der letzten Erndte herrühren, und

nicht von längeren Zeiten her zum Handel aufgespeichert sind.

Böhmer l. c. §. 20. p. 280 seq.

§. 60.

Werden nun Lieferungen ausgeschrieben; so ist allemahl anzunehmen, daß der Pächter sie von den Vorräthen der letzten Erndte geleistet hat, und sie werden daher mit Recht als ein Verlust an den Früchten betrachtet, welcher den Verpächter zu einem billigen Erlaß am Pachtgelde verpflichtet. Die Gesetze lassen diese Verpflichtung überhaupt eintreten, wenn durch Unglücksfälle und kriegerische Ereignisse die Nutzungen der Pachtung bedeutend vermindert worden;

l. 15. §. 2. D. locati.

Böhmer l. c. §. 26. p. 292.

und daß dieses durch Requisitionen und Lieferungen in einem besonders hohen Grade geschehen kann, lehrt die Erfahrung. Durch sie können also auch vorzüglich Ansprüche auf Remission begründet werden.

Böhmer l. c. §. 29. p. 297.

§. 61.

Daß aber nur von Remission am Pachtgelde und nicht von Ersatz der geleisteten Lieferungen die Frage seyn kann, liegt nicht nur in der Natur der Sache, da es blos auf die Herstellung eines billigen Verhältnisses zwischen der Pachtnutzung und dem Miethgelde ankömmt (§. 59), sondern auch in der ausdrücklichen Verordnung der Gesetze, welche

dahin gehet: vbicunque remissionis ratio habetur, non id, quod sua interest, consequitur, sed exonerationem pro rata.

L. 15. §. 7. D. locati.

Böhmer l. c. §. 22. p. 284 seq.

Eine Regel, die auch in Ansehung der Kriegsschäden, und insonderheit der Lieferungen, ihre Anwendung finden muß, indem der Grund, welcher den Verpächter gegen den Pächter verbindlich macht, auch in diesem Falle, wie in jedem andern, wo Remission stattfindet, derselbe ist (§. 59).

Böhmer l. c. §. 34. p. 306 seq.

§. 62.

Soll aber eine Remission stattfinden; so muß der Pächter einen sehr beträchtlichen Verlust erlitten haben.

L. 25. §. 6. D. locati.

Böhmer l. c. §. 19. p. 278. u. §. 28. p. 295.

Es ist jedoch dabey keinesweges, wie einige Rechtsgelehrte behaupten,

Mevius Decis. P. 9. decis. 116. n. 5.

Strube Rechtliche Bedenk. Th. 1. Bed. 9 und 83.

eine Verletzung über die Hälfte erforderlich. Die Gesetze wollen nur auf ein damnum plus, quam tolerabile gesehen wissen, und es lassen sich wohl Fälle denken, wo ein geringerer Verlust eben so drückend oder noch drückender seyn kann, als unter andern Umständen eine Verletzung über die Hälfte. Freilich

 hängt

hängt alsdann wieder von dem richterlichen Ermessen die Bestimmung ab, ob Remission zu bewilligen sey oder nicht. Allein da es noch nicht gelungen ist, unsere Jurisprudenz in unabänderliche Formen zu bringen, denen der Richter einen Rechtsfall nur anzupassen braucht, um ein sicheres und nothwendiges Resultat zu erhalten; so wird man auch hier dem arbitrio boni viri dasjenige Vertrauen schenken müssen, welches die Gesetze überhaupt dem Richter, dessen Ermessen sie so vieles überlassen, bezeugen. „Quandoquidem, sagt Böhmer,

l. c. p. 279.

in omnibus causis, quae ex bona fide proficiscuntur, arbitrium boni viri sequendum esse, leges praecipiant: determinatio laesionis non minus ex analogia juris relicta est justo judicis arbitrio, vt cognitis circumspectisque damni, quod conductor patitur, casusque fortuiti rationibus, de remissione mercedis statuat decernatque.“

§. 63.

Daß bey dieser richterlichen Ermäßigung nicht blos darauf zu sehen sey, ob der Pächter nach Abzug der gelieferten Früchte annoch das Pachtgeld herausbringe, ist zwar bisher von den Rechtsgelehrten nicht bemerkt worden, liegt aber dennoch völlig in der Natur der Sache, indem ein Landwirth bey der Uebernahme einer Pachtung allezeit darauf rechnen muß, zuvörderst für sich und seine Familie den täglichen Unterhalt, sodann nebst den Culturkosten den Betrag des Pachtgeldes und endlich einigen Ue-

berschuß zur Verwahrung seines eigenen Vermögens zu gewinnen. Es versteht sich daher von selbst, daß bey der richterlichen Schätzung auf diese sämmtlichen Punkte Rücksicht zu nehmen ist, und daß es nicht genüget, mit Strube zu sagen: Sind 100 Rthlr. Pachtgeld ausgelobet, und der Pächter hat nur 40 Rthlr. erhoben; so zahlet er diese dem Verpächter, und ihm werden 60 Rthlr. nachgelassen.

Strube Rechtl. Bed. Th. 1. S. 30.

Hierdurch würde die gesetzliche Vorschrift, welche dem Pächter nur eine Erleichterung pro rata zubilliget, auf keine Weise erfüllt werden. Wenn man nehmlich das eben angeführte Beispiel zum Grunde legen wollte, so würde nach dem Grundsatze der Erhaltung eines billigen Verhältnisses zwischen der Pachtnutzung und dem Pachtgelde die Remission nicht auf 60 Rthlr., sondern nur auf 30 zu setzen seyn. Denn ausserdem müßte der Verpächter den ganzen Verlust allein tragen, und der Pächter bezöge mehr, als er durch das Pachtgeld eigentlich erstatten sollte.

Dritter Abschnitt.

Von den auf die abgehandelten Gegenstände sich beziehenden Landes-Gesetzen.

§. 64.

Von den bisherigen gemeinrechtlichen Erörterungen können wir nunmehr zu der Beantwortung der weiteren uns vorgelegten Fragen übergehen:

Ob

Ob und welche besondere gesetzliche Vorschriften für die Hannöverschen Provinzen über die abgehandelten Gegenstände stattfinden?

Ob solche bisher zureichend gewesen? oder

ob und was hierunter vielleicht noch nachzuholen seyn möchte?

und können wir hierauf nicht anders antworten, als daß besondere gesetzliche Vorschriften gar nicht existiren.

§. 65.

In besonderer Hinsicht auf das Verhältniß zwischen Miether und Vermiether in Ansehung der Einquartierungen wurde zwar am 10. März 1762 eine landesherrliche Verordnung erlassen, welche die Miether ganzer Häuser oder Etagen verpflichtet, ein Drittel der Einquartierungslast zu übernehmen, weil bey einer ausserordentlichen Last, und wenn gleich solche den Häusern vornehmlich anklebe, den principiis der Anlagen sowohl, als der Billigkeit gemäß sey, daß alsdann auch die onera realia von den mit unbeweglichen Gütern nicht Angesessenen erleichtert werden müßten. Man hat auf diese Verordnung wohl auch in neueren Zeiten Rücksicht genommen, weil sich daraus der präsumtive Wille des Gesetzgebers in ähnlichen Fällen abnehmen lasse. Sie ist übrigens weder eine allgemeine noch eine beständig-geltende Landesverordnung.

§. 66.

Als im siebenjährigen Kriege die Stadt Hannover

nover öfters mit sehr starker Einquartierung belegt werden mußte, und eine größere Anzahl Truppen, als in Friedenszeiten, aufzunehmen genöthiget war; so wurde die angeführte Verordnung, als ein Regulativ, wie es bey solchen ausserordentlichen Fällen in der Stadt Hannover bis zu wiederhergestelltem Frieden gehalten werden solle, ertheilt. Dieß ist in dem Eingange derselben ausdrücklich erklärt; sie ist also auf Ort und Zeit beschränkt. Nur für Hannover gegeben, kann sie auf das ganze Land nicht erstrecket werden. Allein durch die Ereignisse früherer Zeiten veranlaßt, und ausdrücklich nur bis zum wiederhergestellten Frieden für verpflichtend erklärt, kann sie jetzt keine gültige Entscheidungsnorm mehr seyn.

§. 67.

Landesgesetze, welche das Verhältniß zwischen Miether und Vermiether wegen Einquartierungen ausdrücklich bestimmen, haben wir also nicht. Man hat aber daraus, daß die Landesgesetze die Einquartierung in der Regel für eine Reallast erklären, eine Bestimmung dieses Verhältnisses ableiten wollen. In dem Landtags-Abschied von 1686 ist auch allerdings versehen, daß die Nebenanlagen behuf der Officier-Servicen und Quartiere nach dem Contributionsfuße angelegt werden sollen, und die Service-Reglements von 1707 und 1713 stimmen damit überein.

Willich Braunschw.-Lüneb. Landesgesetze, Th. 2. S. 1008.

Allein hier ist offenbar nur von der gewöhnlichen

Ein-

Einquartierung des landesherrlichen Militärs die Rede, wie denn die Service-Reglements ausdrücklich nur die Logirung der hiesigen Truppen bezielen.

Willich a. a. O. S. 1000.

Zwar hält von Pufendorf

T. 4. obs. 107.

dafür, daß die Einquartierung in Kriegszeiten bey der Anwendung dieser Vorschriften keinen Unterschied mache. Wie wichtig jedoch dieser Unterschied sey, ist schon gezeigt worden (§. 4. 5). In der Verordnung von 1762 ist die Unzulänglichkeit der Landesgesetze für die ausserordentlichen Umstände kriegerischer Zeitläufte selbst anerkannt, und das Bedürfniß eines angemessenen Regulativs, welches jene veranlaßte, wird in ähnlichen Fällen immer wieder zurückkehren.

§. 68.

Wegen der Cammerpachtungen wurden in dem Jahre 1768 unterm 26. May und 8. Sept. besondere Cammerausschreiben erlassen, worinn die von der Cammer in Ansehung der von den Pächtern erlittenen Kriegsschäden angenommenen Grundsätze aufgestellt und entwickelt sind. Hier ist denn auch von den Einquartierungen und von Magazin-Lieferungen die Rede. Ausländische Schriftsteller haben diese Ausschreiben für Landesverordnungen gehalten. Sie sind aber weiter nichts als Erklärungen des Verpächters an die Pächter über die ihnen zu verwilligenden Remissionen und Vergütungen, wobey letztere, so viel wir wissen, sich beruhiget haben. Die Cammer hat keine gesetzgebende Gewalt, und

ob

ob es selbst dem Landesherrn zugekommen wäre, seine privatrechtlichen Verhältnisse mit seinen Pächtern wider deren Willen durch eine einseitige Gesetzgebung zu bestimmen, mag mit Recht bezweifelt werden. Uebrigens beziehen jene Ausschreiben sich auch nur auf die damals vorgewesenen Landesunruhen, und haben jetzt keinen weiten Werth, als daß man daraus die damahligen principia der Cammer erkennen kann.

§. 69.

Unter diesen Umständen ist das Bedürfniß einer befriedigenden allgemeinen Landesverordnung unverkennbar; und sollte in dieselbe der Grundsatz einer allgemeinen Ausgleichung der Kriegslasten nicht aufgenommen werden können, so wäre wenigstens zu wünschen, daß die privatrechtlichen Entscheidungsnormen eine feste und gleichförmige Bestimmung erhielten, da selbst die verschiedenen Gerichtshöfe des Landes ganz verschiedene Grundsätze befolgen, wie schon aus den von Strube

Rechtl. Bed. Th. 1. Bed. 82,

und von Pufendorf

T. 4. obs. 107

angeführten Beispielen erhellet.

II.

Nachtrag zu der ersten Abhandlung im dritten Theile: Revision der verschiedenen Meinungen über das rechtliche Verhältniß zwischen Miether und Vermiether in Beziehung auf Einquartierungen.

Der Zweck der ersten Abhandlung im dritten Theile dieser Beobachtungen war eine Revision der verschiedenen Meinungen und nicht eine vollständige Uebersicht der Litteratur des in Frage stehenden Gegenstandes. Man hat daher den Verf. vielleicht mit Unrecht getadelt, daß er auch von den neuern Schriften über Kriegsschäden und deren Peräquation nicht alle angeführt hat, obgleich er gern zugiebt, daß es vielleicht einem oder dem andern Leser hätte angenehm seyn können, sie insgesammt hier aufgezählt zu finden. Immer hätte er sich jedoch auf diejenigen zu beschränken gehabt, die das Verhältniß zwischen Miether und Vermiether, Pächter und Verpächter in Beziehung auf die Einquartierungslast abhandeln oder wenigstens berühren.

So wird z. E. von Haßfeld in seiner praktischen Anleitung, wie die Kriegsschäden

zu peräquiren, die Schulden zu tilgen und die dadurch erschöpften deutschen Reichsländer wieder in Aufnahme zu bringen sind (Gießen 1798), §. 23 — 30, als bekannt angenommen, daß auch die Einquartierungen Gegenstände der Peräquation seyen, der hier vorliegenden Frage aber nicht gedacht. Diese Schrift steht also mit unserer Revision nur in so fern in einiger Verbindung, als sie die von Weber bewiesenen Grundsätze ohne weitere Ausführung in Anwendung bringt. Beider Schriften sind übrigens gleichzeitig, und nach dem Datum der Vorreden zu schließen, hat Weber erst hinterher bewiesen, was Hatzfeld ohne Beweis angenommen hat.

Dagegen hätte allerdings ein bedeutender Gegner der Weberschen Theorie nicht ganz mit Stillschweigen übergangen werden sollen: Haus, welcher in seinen Beiträgen zur Berichtigung der rechtlichen Grundsätze über den Ersatz und die Vertheilung der Kriegsschäden (Nürnberg 1801), die damahligen neuesten Arbeiter über diese Materie und besonders die Weberische Schrift einer scharfen Critik unterzogen hat. Er stellt den Grundsatz auf: Die vom Feinde verursachten Kriegsschäden sind in der Regel als gemeine zufällige Verletzungen zu betrachten, die im allgemeinen der Staat zu ersetzen nicht schuldig ist a), und zu diesen Kriegsschäden rechnet er auch die feindlichen Einquartierungen. Von der allgemeinen Regel giebt er nur folgende Ausnahmen zu: 1) wenn einer

a) a. a. O. S. 29. §. 14.

ner einen feindlichen Schaden erlitten und dadurch für einen Andern, sey es für ein anderes Individuum oder eine Gemeinheit oder den ganzen Staat eine Verbindlichkeit getilget, oder von ihm einen wahrscheinlichen Verlust eines schätzbaren Rechts durch Hingabe eigener Rechte oder Güter abgewendet; so hat er gerechten Anspruch auf verhältnißmäßigen Ersatz von demjenigen, dem ein Vortheil dadurch zugewachsen ist. 2) Eine gleiche Entschädigung gebührt auch dem, für welchen durch einen ausdrücklichen oder stillschweigenden Particularvertrag ein Individuum, eine Gemeinheit oder der Staat selbst die Verbindlichkeit des Ersatzes übernommen hat, wohin denn auch ein ausdrücklicher oder stillschweigender Auftrag oder eine Geschäftsführung zu rechnen ist b). Er sucht ausserdem die Härte seines Generalprincips dadurch noch zu mildern, daß er in der ausdrücklich oder stillschweigend erklärten Absicht des Feindes einen Grund zum Ersatz der von Einzelnen übernommenen Leistungen zu finden glaubt c).

Was nun die Einquartierungen insonderheit betrifft, so wird von dem Verf. vorzüglich auch auf sie dieser letztere Grundsatz angewendet d). Die Entziehung der bloßen Wohnung, die zur Zeit des feindlichen Einmarsches leer gestanden, soll zwar keiner eigentlichen, sondern nur einer uneigentlichen Entschädigung e) fähig seyn. „Aber, sagt der

b) a. a. O. S. 35. §. 17.

c) Das. S. 38. f.

d) Das. S. 173. f.

e) Uneigentliche Entschädigung nennt der Verf. diejenige, wodurch die noch fortdauernde Verletzung blos aufgehoben wird. S. 8.

der Verf., die Nahrung und übrige Verpflegung der Truppen sind Gegenstände der eigentlichen Entschädigung, und kommen also hier in Anschlag. Hat sich das Militär bey Individuen selbst einquartiert und Verpflegung verlanget, wäre es auch selbst der Obergeneral; so ist dies eine Verletzung, wofür kein Ersatz geleistet werden kann. Wenn hingegen das Militärcommando sich an die Ortsbehörde gewendet und eine Anweisung des Quartiers verlangt hat; so ist dieses eine Last der Gemeinde, an die der Antrag gemacht worden ist. An dieser muß jedes Glied der Gemeinde, nach Verhältniß des Vermögens, das dasselbe im geographischen Umkreise der Gemeinde und des Vortheils, den es innerhalb ihres intellectuellen Umfangs genießt, seinen Antheil tragen."

Das Schwankende und Unbestimmte dieser Meinung fällt von selbst in die Augen; der Unbilligkeit, die in derselben liegt, nicht zu gedenken. Indessen würde nach derselben, in dem vorausgesetzten Fall, der Miether so gut wie der Vermiether an der Einquartierungslast Theil zu nehmen haben, und wenn der erstere als Glied der Gemeinde zu derselben beigezogen würde; so verstände es sich von selbst, daß er an den letzteren überall keine Ansprüche machen könnte, wogegen auch, selbst wenn er abwesend wäre, als Hauseigenthümer die Last mit tragen müßte. Das Verhältniß übrigens, nach welchem Haus die Vertheilung machen will, dürfte schwer auszumitteln seyn. Wie will er den Vortheil, den ein Glied der Gemeinde innerhalb ihres intellectuellen Umfangs genießt, berechnen? Und würden sich nicht Viele, vielleicht gerade die Reichsten,

fin-

finden, die nachweisen könnten, daß sie keine Vortheile genießen, sondern nur bringen? Und was heißt Glied der Gemeinde? Soll das im gewöhnlichen rechtlichen Sinne oder so verstanden werden, daß jeder Einwohner ohne Unterschied dazu zu zählen sey? Alles, was hier über die Einquartierungen gesagt ist, hat in der That für die Praxis zu wenig Werth, als daß wir uns noch dabey aufhalten möchten, die Behauptung wegen der Entziehung der bloßen Wohnung näher zu beleuchten. Nimmt denn die Einquartierung mit den leeren Zimmern vorlieb, und verlieren nicht selbst diese durch den Gebrauch, besonders von solchen Gästen?

Die Hauptausführung gegen die Weberſche Theorie stützt sich lediglich auf allgemeine Begriffe vom Schaden und der besondern Natur der durch den Krieg veranlaßten Verletzungen. Hier trifft der Verf. mit der früher von mir dargestellten Ansicht e) im Wesentlichen völlig zusammen, und ob er gleich deren Prüfung nicht zweckmäßig gefunden hat, „weil meine Ideen noch nicht vollständig entwickelt und selbst die bis jetzt vorliegenden Fragmente meiner Gedanken noch nicht zu einer festen systematischen Grundlage präcipitirt seyen“ f); so darf ich doch mit Zuversicht die Leser der Hausischen Schrift bitten, meine kleine Abhandlung mit derselben zu vergleichen und dann zu urtheilen. Gerade das Hausische General-Princip werden sie da finden und auch die Ausnahmen. Ich gestehe indessen, daß Weber mich

von

e) Teutsches Staatsmagazin; B. 1. S. 177. B. 2. S. 297 f.

f) Haus a. a. O. S. 144.

von der Unrichtigkeit meiner Ansicht überzeugt hat; und da dieser, was einzig richtig ist, die Verpflichtung des Staats zum Ersatz der Kriegsschäden nach staatsrechtlichen Grundsätzen erörtert, Haus aber sie aus einem — hier ganz unpassenden — privatrechtlichen Gesichtspunkte betrachtet, so werden freilich beide sich schwerlich vereinigen. Die Mehrheit der Stimmen scheint jedoch Weber längst vor sich zu haben.

Andere haben zwar dasselbe Resultat aus einigermaßen verschiedenen Prämissen gezogen: immer aber erkennen sie die Verpflichtung des Staats, wenn gleich zum Theil unter einigen Modificationen, an. — So hat ein ungenannter Schriftsteller dieselbe daraus abgeleitet, weil im Kriege jeder Einzelne als Repräsentant des bekriegten Staats anzusehen und Ersatz derjenigen Schäden zu fordern berechtigt sey, welche, ihrer Form nach, der Intention des Feindes gemäß, als eine durch völkerrechtliche Zulassung begründete Zwangsmaßregel betrachtet werden können g). Ein anderer Ungenannter h) hat hauptsächlich darauf Rücksicht genommen, ob von feindlichen Befehlshabern, Commandanten oder andern Agenten von einem Theil des Staats, weil er ein Theil des mit dem Feinde im Kriege stehenden Staates ist, etwas gefordert worden? wobey allerdings die Idee einer Verbindlichkeit des Staats zur Erstat-

g) Ueber den neuesten Standpunkt und das Princip der juridischen Lehre vom Ersatz der Kriegsschäden. 1801.

h) Ueber Kriegslasten und Schaden, mit Hinsicht auf den jetzigen französischen Krieg, nebst Gedanken über die Kriegssteuerumlage. Ulm, 1800.

Erstattung der Kriegsschäden im allgemeinen zum Grunde liegt; aber die Deduction derselben und ihre Anwendung erscheint als höchst unzuverlässig.

Gegen die Ausgleichung der Einquartierungs-Last durch den von dem Staate zu leistenden Ersatz hat sich auch Feyerlein i), aber nur aus politischen Gründen, erklärt. Er hält diese Ausgleichung für ein unermeßliches und ohne die operosesten Vorrichtungen, die dem Staate sehr theuer werden müßten, gar nicht auszuführendes Geschäft. Er meint, es werde im Grunde nur mit dem Geben und der Form des Nehmens dabey gespielt, und ist überzeugt, daß unter 100 Quartierträgern 90 dahin abstimmen würden: Ich will nichts wieder haben, aber auch nichts mehr geben. Ohne Zweifel würden dies Alle sagen, die sich bewußt wären, zu wenig Einquartierung getragen zu haben: wie aber auch die dazu kommen sollten, die mit der Einquartierung im Vorschuß sind, ist schwer zu begreifen. Freilich, wenn man es so anfangen wollte, wie Feyerlein sich vorstellt; so möchte er wol Recht haben. Allein wer kann dafür, daß er gerade auf die allerunpassendste, weitläuftigste und unzweckmäßigste Einrichtung verfallen ist? — In privatrechtlicher Rücksicht betrachtet er übrigens die Einquartierung als eine ausserordentliche gemischte Last, der jeder Staatsbürger und Schutzverwandte, des Staatsverbandes wegen und dieweil, wer alle Vortheile einer Sache genießet, sich auch die Nachtheile davon gefallen lassen muß, unterworfen sey, welche

i) Beiträge zu einer künftigen wissenschaftlichen Bearbeitung und vollkommenen Ausbildung des Kriegs-Einquartierungswesens. (Frankfurt 1807) S. 172 f.

welche zunächst die Wohnungen und das Privatvermögen, also die Bequemlichkeit und den verhältnißmäßigen Wohlstand der Quartierträger zugleich afficire k), bey deren Vertheilung auf die Person, das Vermögen und die Wohnung derselben Rücksicht zu nehmen, und jedem der ihm zukommende besondere Antheil der ganzen Last auf eigenen Zetteln anzuweisen sey, wornach alle eigenmächtige Vertheilungen der auf ein Haus angewiesenen Einquartierung von Seiten des Eigenthümers desselben unter seine Bewohner, so wie die willkührlich von demselben geforderten Geldbeiträge oder Regreßklagen, völlig wegfallen l). Damit würden also alle Streitfragen über das Verhältniß zwischen Miether und Vermiether in Rücksicht auf die Einquartierungs-Last gehoben seyn, und es ist nichts dabey zu erinnern, wenn durch ein Gesetz bestimmt ist, daß es so seyn soll. Die Ortsobrigkeit aber, welche das Einquartierungs-Wesen besorgt, ist offenbar nicht berechtigt, die gegenseitigen Verpflichtungen der Miether und Vermiether blos durch ihre Zettel aufzuheben oder abzuändern, am allerwenigsten aber in dasjenige einzugreifen, was unter ihnen vertragsmäßig verabredet ist. Feverlein glaubt jedoch, daß auch diese Vertragsfreiheit, wenigstens in ihren Folgen, sehr zu beschränken sey. Er hat seinen Beiträgen als Zugabe rechtliche Betrachtungen über die Frage angehängt: Ist der Staat rechtlich befugt, die zum übergroßen Nachtheile und Verderben eines der vertragenden Theile ein-

k) Das. S. 98.
l) Das. S. 101. 102.

eingegangenen Verträge über die Kriegs-Einquartierung auf Anflehen des leidenden Theils wieder aufzuheben, und wie kann dieses bezweckt (bewirkt) werden? m) Unter Staat versteht hier der Verf. theils die Gerichte, theils die Regierung (die oberste Gewalt), und als Mittel, den Zweck zu erreichen, was er bezwecken nennt, hat er zuerst verschiedene Klagen ausgesonnen, im Nothfall aber auch einen Machtspruch aus höchster Machtvollkommenheit für rechtlich begründet gehalten. Die Ausführung hat ein recht juristisch-gelehrtes Ansehen, ist aber darum doch nicht wohl gerathen. Der Gegenstand sind Verträge zwischen Miether und Vermiether, wodurch besonders der letztere alle Einquartierung allein übernimmt. Dergleichen sollen nach dem Lüneviller Frieden besonders viele in Frankfurt eingegangen seyn, und Feyerlein glaubt, daß dabey an die nachherigen häufigen Einquartierungen Niemand gedacht habe. Warum sahen sich denn die Miether so vor? Waren sie vielleicht durch die kurz vorher gemachten Erfahrungen nicht gewitzigt, und hielten sie mit den Vermiethern den Lüneviller Frieden für den ewigen? Wozu denn die Clausel? — Dem sey indessen, wie ihm wolle: soviel ist klar, daß die Vermiether durch diese Clausel alle Einquartierung wirklich übernommen haben. Damahls war die Majorität der Gesetzgebungen und der Rechtsgelehrten noch der Meinung, die Einquartierung sey eine Real-Last, der Vermiether übernahm also eigentlich nicht mehr, als was er übernehmen zu müssen, mit gutem Grunde glauben konnte. Der Miether würde

m) a. a. O. S. 183 f.

würde ohne die Clausel entweder gar nicht gemiethet, oder weniger Miethzins gegeben haben: ob, wann und wieviel Einquartierung kommen würde? wußte keiner von beiden. Der Vermiether willigte also in die Clausel, die Feyerlein heillos schilt, und eine Ausgeburt des Geitzes, der Unbilligkeit und des Unrechts einer — und des Irrthums, der Uebereilung und Benachtheiligung anderer Seits. Man kann hieraus schon auf die Klagen schließen, womit er die heillose Clausel angreifen zu können glaubt. Die Vermiethungsklage hält er mit Recht für bedenklich, weil sie in der That ganz unstatthaft wäre; die Verletzungsklage für schwierig wegen des Beweises einer übermäßigen Verletzung, und so bleibt er bey der Billigkeitsklage (actio in factum) stehen, die aber da, wo der Vermiether das, was er bewilligte, für gemeinrechtliche Verpflichtung halten konnte, und wo es ungewiß war, ob, wann und wieviel Schaden er dadurch leiden würde, wo keine Thatsache, welche die Anfechtung einer freiwillig übernommenen Verbindlichkeit gestattet, erweislich ist, wo alles auf ein bloßes Raisonnement aus dem zufälligen Erfolg hinausläuft, höchstwahrscheinlich so wenig ihr Glück machen würde, als die andern. Folglich blieben nur die Machtsprüche übrig, worüber auch nur ein Wort zu verlieren überflüssig wäre. Allerdings aber kann der Gesetzgeber die Befugniß der Miether und Vermiether, über die Einquartierungs-Last sich zu vertragen, aus Gründen des öffentlichen Wohls beschränken, und hiernach muß es ihm auch überlassen bleiben, einem deshalb zu gebenden Gesetze nach Beschaffenheit der Umstände rückwirkende Kraft beizulegen, was jedoch ohne die

dringendsten Ursachen nie geschehen müßte. Der Richter kann, so lang ein solches Gesetz nicht gegeben ist, dem leidenden Theile nicht helfen, sondern muß nach dem, was unter den Parteien verabredet ist, erkennen, folglich den, der seine eigene Handlung anzufechten versucht, abweisen.

So ausgebreitet auch die Kenntnisse Feyerlin's von dem practischen Einquartierungswesen seyn mögen, so wenig hat doch die Theorie durch Entwickelung und Begründung allgemeiner Grundsätze in seinen Beiträgen gewonnen. Weit mehr hat in dieser Hinsicht der Regierungsrath Schmid in Hildburghausen geleistet n), der, wenn man einige gewagte Hypothesen und paradoxe Sätze abrechnet, die Lehre von den Kriegsschäden mit großem Scharfsinn erörtert und auf die Einquartierung angewandt hat. Das Resultat seiner Untersuchungen trifft in der Hauptsache mit den Weberschen Grundsätzen zusammen; aber es ist aus andern Prämissen abgeleitet. Der wesentliche Zweck des Staats, sagt er, ist Sicherheit des Rechts, gegen dessen Verletzungen im Innern die Justiz, von Aussen die vereinigte Macht Aller schützt. Ursprünglich sind alle streitbare Männer die Waffen zur gemeinsamen Vertheidigung zu ergreifen verbunden, und es liegt im Wesen des Staats, daß Jeder sich auf diesen Schutz Aller verlassen darf. Die Vertheidigung muß so lange fortgesetzt werden, bis die Beschädigung wieder aufgehoben ist, und Niemand als der Beschädigte selbst ist berechtigt, von seinem Anspruch auf Ersatz etwas nachzulassen. Der Beschädigte hat da-

n) Ueber Vertheilung der Kriegsschäden und die Einquartierung insbesondere. Hildburghausen, 1808.

daher das Recht, von seinen Mitbürgern zu fordern, daß sie die Waffen durchaus nicht eher niederlegen, als bis er zu seinem Rechte gelangt ist. In unsern Staaten ist durch die Trennung der bewaffneten Macht von dem friedlichen Bürger wesentlich nichts an diesen Verhältnissen geändert worden. Findet nun das Volk oder an dessen Statt die Regierung, daß es rathsamer sey, den Ersatz des vom Feinde zugefügten Schadens aufzugeben, als sich etwa durch die fortgesetzte Vertheidigung immer größern Gefahren auszusetzen, oder weil die Vertheidigung selbst schon höhere Güter aufs Spiel setzt, als die Beschädigung betroffen hat; so giebt es nur einen Weg, seine rechtliche Existenz als Staat zu retten, indem es den Ersatz, wozu es den Feind eigentlich zwingen mußte, selbst übernimmt. Hieraus folgt, daß jeder im Krieg Beschädigte berechtigt ist, den Ersatz seines Schadens vom Staate zu verlangen, der Staat mag ihn nun entweder vom Feinde erzwingen oder selbst leisten o). Aber nur das muß ersetzt werden, was hätte vertheidigt werden sollen und nicht vertheidigt worden ist p). Der Schade muß daher eine unmittelbare Folge des feindlichen Ueberfalls und nicht durch die eigene Schuld des Beschädigten entstanden seyn q), und Rechte betreffen, zu deren Vertheidigung der Staat verbunden war r). Es kann also kein Ersatz gefordert werden wegen Schulden, die ausserhalb des Staatsgebiets entstanden sind, wegen mittelbaren Ver-

o) a. a. O. S. 19.
p) Das. S. 33.
q) Das. S. 34.
r) Das. S. 37.

Verlustes oder entgangenen Gewinnes, endlich wegen Beschädigungen, welche ihrer Natur nach weder einer Schützung noch eines Ersatzes fähig sind. Diese Art von Beschädigungen verweiset der Verf. jedoch nur aus der Reihe der Kriegsschäden, ohne deshalb den Staat von der Verbindlichkeit zu einer angemessenen Vergütung freizusprechen.

Will der Staat seine Verpflichtung zum Ersatz der Kriegsschäden erfüllen; so ist die natürliche Folge eine genaue Ausgleichung, die der Verf. mit Recht nicht für eine so unmögliche oder auch nur höchst schwierige Aufgabe hält, als Manche sie darstellen wollen. „Es kostet, sagt er, nur den Entschluß, das, was einmahl zu thun ist, ganz und recht zu thun, nicht alles der Bequemlichkeit aufzuopfern; zu handeln, statt zu reden; das Wesen nicht über der Form und große Summen nicht über Brüchen von Pfennigen zu vergessen" s). Sehr richtig unterscheidet aber der Verf. die provisorische Austheilung noch während der Unruhen und die definitive Ausgleichung bey ganz wiederhergestellter Ordnung. Bey jener sollen vorzüglich diejenigen Lasten, welche auf die unvermögenden Classen des Volkes fallen, wie Einquartierung und Verpflegung der Kriegsvölker sind, berücksichtiget werden.

Der Verf. unterscheidet sehr richtig Kriegs-Einquartierung und die Unterbringung der eigenen Soldaten. Diese betrachtet er in der Regel als eine Reallast, welche ihrer Natur

s) Das. S. 77.

tur nach auf die Häuser fallen müsse, weil es ungereimt wäre, von einem, der kein Haus besitzt, die Leistung einer Wohnung zu verlangen. Auch folge von selbst aus der Natur des Verhältnisses zwischen Miether und Vermiether, daß dieser die Sorge für Unterbringung der Soldaten allein übernehmen müsse, weil der Miethzins für den Gebrauch der Wohnung bezahlt werde, und also der Vermiether schuldig sey, diesen ausschließlichen Gebrauch seinem Abmiether zu gewähren. Diese gewöhnliche Last der ordentlichen Einquartierung werde bey dem Ankauf eines Hauses mit in Anschlag gebracht, und die Miethe werde, so viel möglich, nach dem Werthe des Hauses bestimmt; der Hausbesitzer habe also beim Ankauf des Hauses denjenigen Theil, welchen er in der Regel den Soldaten einräumen muß, nicht mitbezahlt, so wie auf der andern Seite der Miether durch das Miethgeld das Seinige mit zu dieser Last beitrage. Diese Grundsätze hält aber der Verf. alsdann für unanwendbar, wenn die Soldaten in der Regel in Casernen wohnen, und nur ausnahmsweise, in Ermangelung der Casernen, auf Märschen u. dergl. in Privathäusern einquartirt werden dürfen, weil in diesem Falle die Soldaten-Einquartierung keine ordentliche bleibende Last sey, sondern eine solche, wo Jeder nach Verhältniß seiner Wohnung Soldaten einnehmen müsse, er habe diese Wohnung als Eigenthümer oder als Miether im Besitz. Hier könne nehmlich nicht vorausgesetzt werden, daß der Hauseigenthümer einen Theil seines Hauses zur Einquartierung bereit halte, noch sey die Sache zwischen Miether und Vermiether durch die Berücksich-

sichtigung der Einquartierungslast bey Bestimmung des Miethgeldes schon ins Gleiche gebracht, noch auch endlich eben diese Last bey dem gemeinen Preise der Häuser überhaupt abgezogen worden. Wenn also diese ausserordentliche Einquartierung ebenfalls den Hauseigenthümern aufgebürdet würde; so entstünde daraus eine auffallende Ungleichheit zum Nachtheil derselben, welches den allgemeinen Gesetzen des Staatsverbandes zuwider wäre. Obgleich aber die ordentliche Einquartierung auf den Häusern ruhe; so bliebe doch die Pflicht, zur Unterbringung der Vaterlands-Vertheidiger beizutragen, an sich und in der Regel allen Staatsbürgern gemeinschaftlich, d. h. die Hauseigenthümer müssen zwar das Militär aufnehmen, aber verhältnißmäßige Entschädigung dafür erhalten, wie z. E. im Preussischen aus den Serviscassen geschehe t).

Die Kriegs- oder feindliche Einquartierung will der Verf. überall nicht als Staatslast, sondern als Kriegsschaden betrachtet wissen. „Es möchte, sagt er, sehr schwer seyn, eine Verbindlichkeit für die unglücklichen Einwohner einer mit Krieg überzogenen Provinz, ihre Feinde zu beherbergen und zu beköstigen, aus rechtlichen Gründen zu erweisen. Zwar pflegt eine Art von Vertrag wirklich eingegangen zu werden: der Feind verspricht Sicherheit der Personen und des Eigenthums, und bedingt sich dagegen vom Bürger Ruhe und Gehorsam. Aber Niemand wird es einfallen, diesem Vertrage eine weitere Wirksamkeit beizulegen,

t) Das. S. 149 — 159.

gen, als diejenige, welche ohnehin eine Folge der Gewalt ist.

Der Bürger gehorcht, so lange er muß, und die Armeen halten ihr Versprechen, so lange es ihnen gefällt und frommt. Die Beherbergung und Verpflegung feindlicher Soldaten ist also keine Pflicht, sondern eine Art der Nothwendigkeit, ein Fügen in die Gewalt. Wenn man daher mit dem Ausdrucke „Last" nicht den blos physischen Druck, sondern den Begriff rechtlicher Nothwendigkeit bezeichnen will; so kann auch die (zumahl mit der Verköstigung verbundene) Kriegs-Einquartierung durchaus keine Kriegslast genannt werden, und am allerwenigsten kann je davon die Rede seyn, ob es eine Real- Personal- oder gemischte Last sey, weil von diesen der Begriff einer Rechtspflicht nicht getrennt werden kann u).

Den Unterschied zwischen der sogenannten einfachen und doppelten Einquartierung, wo entweder nur Dach und Fach, oder daneben auch Kost gegeben werden muß, hält der Verf. für unerheblich, und er verwirft Webers Meinung, daß erstere, als eine bloße Beschränkung der Bequemlichkeit, kein eigentlicher Kriegsschaden sey. Hiergegen erinnert er mit Recht, daß auch von ihr eine Menge baarer Ausgaben von mannichfaltiger Art unzertrennlich sind, indem für Schlafstellen, für Holz, Licht, Kochgeschirr, für eine Menge kleiner Bedürfnisse der Soldaten gesorgt werden muß v).

Der

u) Das. S. 159 — 162.

v) Das. S. 163.

Der Verf. glaubt daher, daß sowohl wegen der einfachen, als wegen der doppelten Einquartierung eine billige Vergütung geleistet werden müsse, und er stellt als erstes Gesetz der Lehre von der Kriegseinquartierung den Satz auf: „daß der durch sie verursachte Aufwand von der Gesammtheit der Bürger, wie jeder andere Kriegsschade, also von Allen im Verhältniß zu ihrem Vermögen, getragen werden muß w). Er verwirft mit Recht die Idee, die Natural-Einquartierung selbst, so viel möglich, gleich zu vertheilen, und dann keinen weitern Ersatz zuzulassen, und hält dafür, daß kein anderer Weg übrig bliebe, als aus einer allgemeinen Kriegs-Entschädigungscasse Jedem, welcher Natural-Einquartierung getragen hat, eine billige, im Durchschnitt zu bestimmende, Vergütung zu reichen, wobey er jedoch immer voraussetzt, daß auch bey der Vertheilung der Natural-Einquartierung zwar zunächst auf den Raum zu sehen, jedoch das Vermögen des Quartiergebers zugleich mit berücksichtiget werde, so daß der Raum die Basis sey, und der Maaßstab nur durch die Vermögensumstände modificirt werde. Hiernach stellt er für die Kriegs-Einquartierung die Regel auf: „Die einzuquartierende Mannschaft muß (gleichviel, ob sie auch zu verpflegen ist oder nicht,) in die vorhandenen Wohnungen, mit Rücksicht auf die Vermögens-Umstände ihrer Inhaber, in gleichem Verhältnisse vertheilt werden“ x). Da übrigens die Kriegs-Einquartierung überhaupt zu den vom Ganzen zu tragenden Kriegsschä-

w) Das. S. 164.

x) Das. S. 173.

schäden gehöre; so ergebe sich daraus das zweite Gesetz: „daß bey der Natural-Einquartierung der Raum genommen werden muß, wo er zu finden ist“ y). Miether und Hauseigenthümer stehen also in ganz gleichem Verhältniß, und müssen die Natural-Einquartierung ohne Unterschied und nach einerley Maaßstab übernehmen.

Diese Grundsätze sind unstreitig die richtigsten, aber ihre Anwendbarkeit hängt immer erst von einer ausdrücklichen Gesetzgebung ab, und dabey ist allezeit vorauszusetzen, daß man nicht bey der gleichen Vertheilung der Einquartierung im Einzelnen stehen bleibe, sondern daß die Einquartierungslast durch eine allgemeine Repartition ausgeglichen werde. Dann nur, wenn sie von jedem Staatsbürger, er sey Hauseigenthümer oder Miether, verhältnißmäßig gleich getragen werden muß, und nur, wenn sie ohne Rücksicht, wohin der Zufall die mehrere oder mindere Einquartierung geführt hat, auf die ganze Masse der Staatsbürger vertheilt wird, und die Gleichstellung ohne Aufschub wirklich erfolgt, kann es auf das besondere Verhältniß zwischen Miether und Vermiether weiter nicht ankommen.

Ganz in diesem Sinne ist durch eine neuere Königlich-Bayerische Verordnung z) festgesetzt, daß die aus den Durchzügen und Cantonirungen fremder Truppen in einzelnen Kreisen und Districten des Reichs den Unterthanen zugehenden unvermeidlichen Lasten durch eine allgemeine und so-

viel

y) Das. S. 170.

z) vom 23sten Febr. 1809.

viel möglich gleiche Vertheilung weniger drückend gemacht werden sollen, und es ist daher eine allgemeine Concurrenz zur Ausgleichung der Kriegslasten in der Art angeordnet, daß a) in jedem Kreise die einzelnen Districten oder Gemeinden desselben durch Einquartierungen, Kriegsfrohnen oder Natural-Lieferungen zugefallenen Lasten und Beschädigungen quartalweise auf den Umfang des ganzen Kreises repartirt und durch Geldbeiträge peräquirt, dann b) nach den von den General-Kreis-Commissariaten darüber einzusendenden Hauptconspecten die Summe aller dieser einzelnen Kreisconcurrenzen alljährlich auf die ganze Ausdehnung des Königreiches ausgeschlagen und nach dem Steuerfuße gleichheitlich vertheilt werden soll. Wie hierbey verfahren werden soll, ist durch ein allgemeines Regulativ vorgeschrieben.

Was übrigens die von Schmid aufgestellte Deduction der Verbindlichkeit des Staats, auch den durch Kriegs-Einquartierung entstandenen Kriegsschaden durch allgemeine Vertheilung auszugleichen, betrifft; so scheint doch die Weberische den Vorzug zu verdienen [a]. Wenn man auch nicht sagen kann, daß die Einwohner eines mit Krieg überzogenen Staats gegen den Feind rechtlich verpflichtet seyen, seine Krieger aufzunehmen und zu verpflegen, so sind sie es doch sich selbst und dem Staate schuldig, einer unwirksamen Widersetzlichkeit zu entsagen und der unvermeidlichen Nothwendigkeit sich zu unterwerfen, damit für sie und für den Staat erhalten werden möge, was noch zu erhalten ist.

Im-

a) Vergl. oben S.

Immer aber trifft sie diese Nothwendigkeit in Folge derjenigen Regierungshandlung, welche dem Kriege den Ursprung gab. Die Vertheidigungspflicht ins Unendliche und die Auflösung des Staats, sobald die Unmöglichkeit ihrer Erfüllung eintritt, würde die Unstatthaftigkeit und Ungültigkeit aller Friedensschlüsse mit Aufopferungen zur Folge haben, und die ganze Hypothese könnte wohl nur durch eine andere scheinbar gerettet werden, nehmlich dadurch, daß aus einem unglücklich geführten, durch Friedens-Opfer beendigtem, Kriege ein neugegründeter Staat hervorgehe.

Doch diese Untersuchungen haben auf unsern eigentlichen Gegenstand keinen unmittelbaren Einfluß, indem wir, abgesehen von einer gesetzlich bestimmten Ausgleichung aller Kriegsschäden und Lasten, also auch der Einquartierungslast, nur auf das gemeinrechtliche Verhältniß zwischen Miether und Vermiether in Beziehung auf dieselbe unser Augenmerk richteten.

In dieser Hinsicht verdient eine kleine Abhandlung des Regierungsraths Runde in Oldenburg: „Rechtliche Grundsätze über die Vertheilung der Einquartierungslast (Oldenburg 1808)“ vorzügliche Auszeichnung. Zuvörderst ist dasjenige zu bemerken, was er über die obrigkeitliche Vertheilung der Einquartierungslast sagt. Hiervon ist das Verhältniß zwischen Miether und Vermiether, Pächter und Verpächter ganz unabhängig, indem sich die Obrigkeit immer an die Mittel zur zweckmäßigen Bequartierung der Kriegsvölker halten muß, ohne

daß

daß sie auf jenes Verhältniß mehr Rücksicht nehmen kann oder darf, als ohne Nachtheil des Hauptzwekkes möglich ist. Der Verf. giebt den Weberschen Grundsätzen und deren Anwendung auf die Einquartierungslast im Allgemeinen Beifall; er nimmt aber auch an, daß dieselben, so lang sie nicht vom Staate sanctionirt sind, für die Gerichte keinen practischen Werth haben, und erinnert mit Recht, daß, selbst wenn die Weberscbe Theorie auf die Einquartierungslast wirklich angewandt werden sollte, dadurch doch der Knoten keinesweges gelöset sey, insofern es doch immer noch auf vorläufige Vertheilung der Einquartierung durch die Ortsobrigkeit ankomme. In dieser Hinsicht erörtert der Verf. die allerdings practisch höchst wichtige Frage: Nach welchem Grundsatz eine Abtheilung fremder Truppen, die an einem bestimmten Orte Quartier und Verpflegung fordern, von der Ortsobrigkeit unter die Einwohner desselben vertheilt werden soll? Er glaubt, daß diese ausserordentliche Einquartierung (zunächst) für die Commüne, welche sie trifft, und der sie zur Vertheilung überlassen bleibt, eine gemeinschaftliche Last sey. „Eine gemeinschaftliche Last aber, sagt er, darf nicht anders, als verhältnißmäßig-gleich unter alle Mitglieder der Commüne vertheilt werden, d. h. so, daß kein Individuum den Druck mehr empfinde, als das andere.“ — Wir haben oben das Wort: „zunächst“ eingeschoben, weil der Verf. selbst den Grundsatz der Vertheilung der Einquartierungslast, als allgemeine Staatslast, für richtig anerkennt, und folglich nur, so lang

der-

derselbe von der höchsten Gewalt nicht sanctionirt ist, und, auch in diesem Fall alsdann, wenn, was wohl schwerlich möglich seyn wird, nicht sogleich Anstalten zur allgemeinen Ausgleichung gemacht werden können, also eigentlich immer provisorisch, die gleiche Vertheilung der Einquartierung als Gemeindelast fordert. Und dieses ist ganz richtig; aber grade dadurch kann insonderheit zwischen Miether und Vermiether noch öfter von Entschädigung wegen Einquartierung die Frage entstehen, als bey dem sonst gewöhnlichen Verfahren, wo Inquilinen nur in dringenden Nothfällen mit Einquartierung belegt wurden. Denn nach dieser Theorie versteht es sich von selbst, daß zwischen Hauseigenthümer und Miethsmann bey der Vertheilung der Einquartierung kein Unterschied gemacht werden darf. Was nachher beide unter sich auszumachen haben, ist eine ganz andere und blos privatrechtliche Sache, und die Bemerkung des Verf. b) ist ganz richtig, daß selbst dann, wenn der Staat eine allgemeine Entschädigung übernommen hat, der Miethsmann, soweit er den Rechten nach dazu befugt ist, sich zunächst an seinen Vermiether halten und diesem den Regreß an den Staat überlassen kann. Würde indessen das Princip der allgemeinen Ausgleichung der Kriegsschäden, und folglich auch der Kriegs-Einquartierungs-Last, vom Staate anerkannt und wirklich in Anwendung gebracht; so wäre es vielleicht rathsam, daß das Gesetz in Ansehung der zu erwartenden Vergütung den Miether zu derselben Geduld verweise, die der

Haus-

b) a. a. O. S. 38.

Hauseigenthümer ohnehin haben muß, und mithin zwischen beiden keine besondere Ansprüche und Abrechnungen weiter verstattete.

Doch der Verf. nimmt auf dieß Verhältniß bey der Beantwortung der oben angeführten Frage mit Recht keine Rücksicht. „Die Einquartierung, sagt er c), haftet 1) auf der Wohnung, als dem Object der Beherbergung, 2) auf dem Vermögen, als dem Object der Verpflegung, und 3) auf der Person, als Bedingung von beiden, und in sofern ist sie allerdings zugleich eine Real-Patrimonial-Personal-Last, also gemischt.“ Quartiers-Last und Verpflegungs-Last müssen von einander getrennt und jede muß nach ihrem eigenthümlichen Maaßstabe vertheilt werden. Der Vertheilungsgrund für die eigentliche Quartiers- oder Beherbergungs-Last ist der entbehrliche wohnbare Raum. Die von Alters her catastrirte Qualität der Häuser kann hierbey nicht zum Maaßstab genommen werden, weil ein halbes wohlausgebautes Haus oft mehr wohnbaren Raum hat, als ein volles, worinn der Raum schlecht benutzt ist d). Aber auch nicht nach der Größe des wohn-

c) Das. S. 22 f.

d) Sehr wahr! Und ist es nicht überhaupt sonderbar, wenn man die Kriegseinquartierung nach einer althergebrachten Classification der Häuser vertheilt, die blos auf bürgerliche Vortheile und Lasten sich bezieht? Wie mancher Besitzer eines elenden Brauhauses ist dadurch zu Grunde gerichtet, weil Brauhäuser mehr Einquartierung tragen sollen, als andere, während die Braugerechtigkeit ihm vielleicht wenig oder gar keinen reinen Ertrag gewährte! —

wohnbaren Raums allein muß die Vertheilung geschehen, wenn keiner den Druck mehr fühlen soll, als der Andere; sondern es kommt darauf an, was ein jeder Hausbewohner, er sey Eigenthümer oder Miethsmann, an wohnbarem Raum entbehren kann, ohne in seinen gewöhnlichen Erwerbsgeschäften und im nothwendigen standesmäßigen Aufenthalt seiner Familie dadurch gehindert zu werden. Auf diese Weise muß freilich derjenige, welcher viel entbehrlichen Raum hat, mehrere Personen oder Personen von höherem Militair-Rang einnehmen, als ein Anderer, welcher dessen weniger besitzt. Aber gerade in dieser verhältnißmäßig ungleichen Vertheilung besteht die wahre Gleichheit in Beschränkung der Bequemlichkeit, worauf die Quartierspflicht haftet. Die Befugniß zu vermiethen soll übrigens auch in der Einquartierungszeit dem Hausbesitzer gelassen werden, wenn sie nur nicht in fraudem angewandt wird. Der Miethsmann erhält dann doch seinen Theil an der Quartierslast, und der Miethzins kommt bey der Vertheilung der Verpflegungslast in Anschlag. Gebäude, die nicht zu Wohnungen, sondern zu andern Zwecken bestimmt sind, sie mögen Privatpersonen, oder Communen oder dem Staate gehören, können gar nicht mit Einquartierung belegt werden. Die Verpflegung muß nach dem reinen Einkommen vertheilt werden, da sie das Vermögen belastet, und die dadurch auffkommenden Beiträge sind zur Erleichterung derjenigen zu verwenden, die nach ihrem entbehrlichen Raum mehreren Personen Quartier geben müssen, als sie nach ihren Einkünften zu beköstigen im Stande sind. Da jede Natural-

Einquartierung eine häusliche Wirthschaft voraussetzt; so ist die Person des Bequartierten die Bedingung sowohl der Quartiers- als der Natural-Verpflegungs-Last. Sie kann nicht Statt finden, wo kein Wirth und keine Wirthin vorhanden ist. Von der Natural-Einquartierung, jedoch nicht von dem Geldbeitrag zur Verpflegungslast, sollen frey seyn: Abwesende, wenn sie nicht, um der Einquartierungs-Last listig sich zu entziehen, verreiset sind ; Alte, Kranke, und Wöchnerinnen. Gesellschaften, deren einzelne Mitglieder ohnehin schon als Individuen an der Last Theil nehmen, sind ganz befreiet, wenn sie auch zu ihren Versammlungen wohnbaren Raum haben. Noch weniger können bloße Vermögensmassen zugezogen werden. Andere Befreiungen aber finden nicht Statt.

In Rücksicht auf die Concurrenz des Verheurers zu der dem Heuersmann oberlich auferlegten Einquartierungs-Last ist Rundeⁿ) der Meinung, daß dieselbe, nach Maßgabe des römischen Rechts, immer nur in einem verhältnißmäßigen Erlaß an dem Mieth- oder Pachtzins beste-

e) Aber hier findet sich denn doch des entbehrlichen Raums gerade recht viel. Und könnte durch diese Ausnahme nicht zuviel brauchbarer Raum verloren gehen? Sollte auch ein abwesender Hausbesitzer nicht schuldig seyn, so weit für eine häusliche Wirthschaft in seinem Hause Sorge zu tragen, als sie zur Aufnahme der Einquartierung nöthig ist? Wenn Tafelgelder bezahlt werden, oder Büreau's unterzubringen sind u. s. w., giebt es immer schickliche Gelegenheit, ohne allzugroße Belästigung der Abwesenden, auch deren Wohnungen zu belegen.

f) a. a. O. S. 37 f.

bestehen könne. Der Schade müsse aber unerträglich, unmäßig seyn, um eine Nachlaßforderung zu begründen, jedoch sey dieselbe nicht gerade auf den Fall einer Verletzung über die Hälfte beschränkt, sondern in jedem vorkommenden Falle durch das billige Ermessen des Richters zu bestimmen, ob sie Statt finde. Nach den durch das römische Recht aufgestellten allgemeinen Grundsätzen über die Verbindlichkeit des Verpachters und Vermiethers, im Falle der Gebrauch der verpachteten oder vermietheten Sache ganz oder zum Theil verhindert worden, sey, beym Mangel besonderer Verabredungen oder bestimmter Territorial-Gesetze, zu entscheiden, und diese Grundsätze finden sowohl bey einem Hinderniß im Gebrauch der geheuerten Sache, als bey einem Schaden an den daraus erwachsenen Früchten, auch den schon eingeernteten (jedoch nur denen des letzten Jahres) Statt, indem die Gesetze eine billige Gleichheit zwischen Nutzung und Pacht- oder Miethgeld erhalten wissen wollen. Hiernach könne nun auch ein Nachlaß an der Heuer wegen Kriegsschäden verlangt werden, zu welchen auch die Einquartierungen zu rechnen seyen. Hierbey sey aber vor allen Dingen die Quartierslast von der Verpflegungslast zu trennen, indem durch erstere der wohnbare Raum beschränkt, sonach der volle Gebrauch des vermietheten Hauses offenbar verhindert werde, die letztere aber, als eine auf dem Vermögen haftende Beschwerde, für ein Hinderniß in der Benutzung des Heuerguts nicht unbedingt gehalten werden könne. Selbst wenn die Policeybehörde bey Vertheilung der Einquartierung die Beköstigung als eine nothwendige Folge des Quartiers anzusehen gewohnt sey: so wolle

und könne sie dadurch die letztere nicht zu einem Hinderniß im Gebrauch des Heuerguts machen — nichts in dem gesetzlich bestimmten Privatverhältniß zwischen Miether und Vermiether ändern. Dies vermöge nur die gesetzgebende Gewalt im Staate, und ohne ein neues Gesetz dürfe der Richter den Verheurer nicht zu einem Nachlaß an den Heuer in einem Falle verurtheilen, wo er nach den bestehenden Gesetzen nicht dazu schuldig ist. Der Zweck einer verhältnißmäßig gleichen Vertheilung der Einquartierungs-Last (um welchen sich der Richter, als solcher, ohnehin gar nicht zu bekümmern habe,) würde auch auf diesem Wege nicht erreicht, sondern die Last allein auf die Grundbesitzer gewälzt werden.

Wenn nun gleich eine bloße Concurrenz die alleinige Belästigung der Grundbesitzer nicht nach sich ziehen würde, so verdient doch die Bemerkung des Verf. alle Aufmerksamkeit, daß der Richter sich lediglich an das gesetzlich bestimmte Privatverhältniß zwischen Pächter und Verpächter und an die dasselbe betreffenden legalen Grundsätze zu halten, und um eine auf andern Gründen beruhende Peräquation sich nicht zu bekümmern hat, folglich die richterliche Billigkeit nicht über ihre Grenzen ausdehnen darf. Dies geschieht aber nur allzuleicht dann, wenn die gesetzlichen Vorschriften nicht genau bestimmt sind, wo mancher Richter sich berufen glaubt, dem Gesetzgeber nachzuhelfen und, statt richterlich zu procediren, in die regiminelle Verwaltung eingreift. Processe in Einquartierungs-Sachen können hiervon mancherley Beispiele liefern.

Dem Miether giebt der Verf. an den Vermiether nur einen Anspruch auf Erlaß am Miethgelde

gelde wegen gehinderten Gebrauchs der gemietheten Wohnung in sofern der dadurch entstandene Schade von Erheblichkeit ist. Bey Beurtheilung der Erheblichkeit des Schadens zum Zweck der Remission (womit die nachherige Ausmittelung des Remissionsquantum nicht zu vermischen sey) komme es hauptsächlich auf die Art und Weise an, wie der Miether den ihm durch die Einquartierung entzogenen Raum genutzt haben würde. Nur für die dauernde Entbehrung des eigenen Gebrauchs von einem bedeutenden Theile des Raums könne der Miether einen verhältnißmäßigen Abzug am Miethgelde machen. Hätte aber der Miether den durch die Einquartierung entbehrten Raum veraftermiethen wollen und können, wäre diese Art der Benutzung vielleicht gar der Hauptzweck der Heuer (wie z. B. bey einem Gastwirth); so zeige sich allerdings schon bey einer geringen Beschränkung ein pecuniärer Nachtheil und Grund zur Remission. Das Quantum derselben könne aber nicht mittelst Liquidation des von dem Miether durch die ihm unmöglich gemachte Afterverheurung entbehrten Gewinnes ausgemittelt werden (denn sein Interesse könne er nicht vergütet verlangen); sondern das ausgelobte Heuerquantum sey, nach Verhältniß des von den Einquartierten eingenommenen Raums zum gemietheten Ganzen und der Einquartierungszeit zur Pachtzeit g) herabzusetzen.

Von einer Concurrenz zu den Verpflegungskosten spricht Runde den Vermiether einer bloßen Woh-

g) Dies kann doch wohl in der Regel nur von einem Miethjahre verstanden werden, sofern auf längere Zeit gemiethet ist, da in diesem Falle ein jährlicher Miethzins bestimmt zu werden pflegt.

Wohnung oder eines sonstigen einzelnen Gebäudes gänzlich frey, weil sie an sich eben so wenig ein Hinderniß im Gebrauch desselben machen, als sie rechtlich für eine nothwendige Folge der Quartierslast zu halten seyen. Ich kann hiermit, so sehr ich auch die Richtigkeit beider von dem Verf. angeführten Gründe anerkenne, nicht übereinstimmen, und beziehe mich auf dasjenige, was hierüber in der ersten Nummer gesagt ist.

Bey verpachteten Landgütern räumt er hingegen ein, daß, da in deren ökonomischer Benutzung der Pächter nicht blos durch die Quartierslast, sondern auch durch die Verpflegungslast gehindert werden kann, der Verpächter wegen letzterer zu einer billigen Remission gehalten sey. Aber die Größe des erlittenen Schadens könne nie als Remissionsquantum angenommen werden, sondern die Größe des Hindernisses, welches er in der ökonomischen Benutzung des Pachtgutes zur Folge gehabt, gebe den Maaßstab, der übrigens in jedem besondern Fall durch ein billiges Ermessen angewandt werden müsse.

Endlich ist noch eine Schrift zu bemerken, welche mit einer früher schon angeführten — den Bemerkungen über Einquartierungskosten und deren Vergütung; Celle 1084. g) — in unmittelbarer Verbindung steht und von demselben Verfasser herrührt. Sie ist unter dem Titel: Nähere Entwickelung der Frage über die Concurrenz des Miethmannes eines ganzen Hauses und des Inhabers einer Official-Wohnung zu den Einquartierungs-

g) S. Th. 3. S. 13.

rungskosten; ein juristischer Versuch von Philipp Bernhard Degen, D. d. R. und Proto-Syndicus der Stadt Lüneburg, 1808, bei Herold und Wahlstab in Lüneburg erschienen.

Der Verfasser hält erstlich dafür, daß eine allgemeine Ausgleichung der Einquartierungs-Last nicht möglich sey, und er beruft sich, in dieser Hinsicht, auf die großen Schwierigkeiten, welche sich seinen eigenen Bemühungen, die Einquartierung, auch nur in der Stadt Lüneburg, möglichst gleich zu vertheilen, entgegen gesetzt haben. Allein, wenn an sich die Wahrheit, daß die Einquartierungs-Last zu den allgemeinen Staats-Lasten zu rechnen sey, nicht geleugnet werden kann: so müßte eine absolute Unmöglichkeit, auch diese Staats-Last, nach einem billig mäßigem Verhältniß, alle Staatsbürger tragen zu lassen, erwiesen seyn, wenn man sich berechtigt halten sollte, in Ansehung derselben eine Ausnahme von der Regel Statt finden zu lassen. Daß hierbey eine Ausgleichung nach der Goldwage nicht gefordert werden mag, versteht sich eben so sehr von selbst, als daß von den Schwierigkeiten, welche sich bey der Vertheilung der Natural-Einquartierung finden, auf die Bestimmung einer Vergütung für dieselbige, und auf die Repartition der dazu erforderlichen Beiträge, kein richtiger Schluß gezogen werden könne. Wenn daher auch dem Verfasser der unausführbare Versuch nicht hat gelingen können, die Einquartierung in Lüneburg mathematisch gleich zu vertheilen: so würde dieses doch für das Geschäft der Peräquation der Einquartierungs-Last keinen Beweis abgeben.

Der Verfasser ist zweitens der Meinung, die Einquartierungs-Last sey eine Real-Last, und zwar die Quartierslast nach ausdrücklicher Vorschrift der gemeinen Rechte, die Verpflegungslast aber, als accessorisch mit der ersteren verbunden, — und er schließt daraus, daß, in der Regel, der Vermiether beide Lasten allein zu tragen habe, theilt sie jedoch, am Ende, zwischen diesem und dem Miether, weil der letztere gewöhnlicher Weise mehr an Beköstigung, als er verbunden sey, leiste, und mithin billig die Folgen seiner eigenen Nachgiebigkeit und Verschuldung trage. Es scheint jedoch, daß auch hierin die Grundsätze des Verfassers keinen völligen Beifall verdienen. Denn die Anwendbarkeit des Römischen Rechts auch zugegeben: so wird sich doch aus demselben die Qualität einer Real-Last, im rein rechtlichen Sinn, niemals darthun lassen, weshalb man sich nur auf dasjenige, was desfalls im dritten Theile dieser Beobachtungen, S. 31. und oben S. 27 fgg., bemerkt ist, beziehen darf. Daß die Verpflegungslast als accessorisch mit der Quartierslast verbunden nicht betrachtet werden darf, leidet um so weniger Zweifel, als ohnehin der rechtliche Begriff des Accessorischen hier nur uneigentlich gebraucht werden kann. Eine accessorische Sache ist, im rechtlichen Sinn, diejenige, welche mit einer Hauptsache durch Natur, Kunst, ausdrückliche Bestimmung oder Gewohnheit, verbunden ist; eine accessorische Last müßte also, nach dieser Analogie, entweder vermöge der Natur der Sache, oder durch Gesetz oder durch Gewohnheits-Recht mit der Hauptlast dergestalt verbunden seyn, daß, gleichwie die accessorische Sache dem Eigenthümer der Hauptsache,

in der Regel, zufällt, die accessorische Last dem Träger der Hauptlast aufzubürden wäre. Nun ist aber die Verpflegungslast mit der Quartierslast, der Natur der Sache nach, keinesweges also verbunden, daß sie den bequartierten Hauswirth nothwendig treffen muß, und von Gesetz oder Gewohnheit kann hier im Allgemeinen ohnehin nicht die Frage seyn, wo nur aus Gesetzen, deren Anwendbarkeit sogar zweifelhaft ist, analogisch argumentirt wird; nicht zu gedenken, daß die Verpflegungslast weit eher als Hauptlast anzusehen seyn würde, als die Quartierslast, wenn man wenigstens bei ihrer Schätzung auf den Umfang der Kosten und übrigen Beschwerden Rücksicht nehmen will. Was endlich die Wendung betrifft, die der Verfasser nimmt, um denn doch zwischen Miether und Vermiether die Einquartierungs-Last zu theilen: so ist sie in der Theorie so ungegründet, als sie in der Praxis nachtheilig seyn würde, indem, eines Theils, nach des Verfassers eigenen Grundsätzen, dem Miether nur die Uebernahme dessen, was er erweislicher Maaßen zu viel gegeben, zugemuthet werden könnte, andern Theils aber die Frage, ob der Miether die Gränzen seiner Verpflichtung so sehr überschritten habe, daß die ganze Last zwischen ihm und dem Vermiether mit Recht getheilt werden könne, eine reichhaltige Quelle weit aussehender Streitigkeiten werden würde.

III.

III.

Von der Zulässigkeit der Eideszuschiebung zum Zweck der Legitimation zur Sache.

Bey einem Rechtsstreite über die Ausübung der Erblosung fanden die Kläger Schwierigkeiten, ihre Abstammung von dem ersten Erwerber gehörig zu erweisen, und indem sie vorstellten, daß sie diesen Beweis durch Urkunden und Auszüge aus den Kirchenbüchern zu bewirken außer Stand seyen, weil diese, nach der Versicherung der Prediger, äusserst unvollständig und mangelhaft seyen, deferirten sie dem Beklagten den Eid dahin: „daß er nicht wisse und nicht glaube, daß sie in der, in den Acten angegebenen, Maaße, von dem ersten Erwerber der einzulösenden Güter abstammen.“ Es wurde jedoch gegen die Zulässigkeit dieser Eidesdelation erinnert: eines Theils, daß dadurch dem Richter, für welchen, so gut wie für die Partheien, die Legitimation zur Sache nöthig sey, die Ueberzeugung von der Richtigkeit der behaupteten Thatsache nicht verschafft werden könne; andern Theils, daß überhaupt über die Legitimation des Klägers eine Eidesdelation nicht Statt finde. Dieser doppelte

pelte Grund hält aber eine strenge Prüfung keineswegs aus, und müßte daher verworfen werden. Bey jedem Beweise durch den Eid kann der Richter keine andere Ueberzeugung erlangen, als die ihm die Gewissenhaftigkeit des Schwörenden zu gewähren vermag, und das Argument, welches gegen die in Frage stehende Eideszuschiebung aufgestellt wurde, würde im Wesentlichen gegen alle gerichtliche Eide vorgebracht werden können, und insbesondere die sogenannten juramenta credulitatis treffen, von denen freilich in der Praxis mancher Mißbrauch gemacht wird, und die überhaupt einer schärferen Bestimmung zu bedürfen scheinen, als ihnen bisher durch die Gesetze und Practiker geworden ist.

Die Behauptung, daß zur Legitimation des Klägers die Eidesdelation nicht zulässig sey, welche insonderheit Hommel vertheidigt, beruht eben so wenig auf festen Gründen. In activa legitimatione, sagt Hommel *), id est, si tibi jusjurandum deferam, me esse Titii haeredem, jus jurandi delatio locum non habet. Ratio hujus rei in eo posita, quod talis actoris legitimatio jus tertii attinet, qui semper liti intervenire adeoque reus petitori solvens, nunquam securus esse potest.

Hommel nimmt also an, daß, wenn auch der Beklagte zu schwören nicht vermögte, wie er nicht wisse und nicht glaube, daß der Kläger des Titius Erbe sey, mithin angenommen werden müßte, er sey dieses auch wirklich, der Beklagte sich dennoch mit ihm nicht einlassen könne, weil es immer

noch

*) Rhapsod. F. I. obs. 12.

noch möglich bleibe, daß ein Anderer des Titius Erbe sey, der sein Recht immer noch geltend machen, dadurch aber den Beklagten, wenn er den unrechten Kläger bezahlt hätte, in Schaden setzen könnte. Allein, da es dem Beklagten nicht nur unbenommen ist, sondern auch, um seines eigenen Vortheils willen, obliegt, vor seiner Erklärung auf eine solche Eidesdelation die gehörigen Erkundigungen einzuziehen: so wird ihn ein solches Schicksal nicht leicht treffen können, wenn er die nöthige Vorsicht anzuwenden nicht unterläßt. Da nun sehr oft ein Kläger, ohne seine Schuld, sich ausser Stande finden kann, die Legitimation zur Sache durch völlig zureichende Beweismittel beizubringen, dadurch aber ihm der Verlust wohlgegründeter Rechte zugezogen werden könnte; so würde es ungerecht seyn, ihm die Zuflucht zur Eidesdelation abzuschneiden, die an und für sich ein Gegenstand derselben seyn können *). In dem vorliegenden Fall konnte überdieß die Besorgniß, auf welche die Hommelsche Meinung vorzüglich gegründet ist, nicht eintreten, da, wenn auch der Beklagte die in Anspruch genommenen Grundstucke den Klägern herausgab, ein näher Berechtigter, der vielleicht noch auftreten mochte, sich an diese zu halten hatte.

*) Berger El. discept. for. T. 1. c. 24. Kind Quaest. for. T. 1. c. 24.

IV.

Von der rechtlichen Wirkung der Edictal-Ladungen und der darauf folgenden Präclusiv-Bescheide.

Ein Landmann hatte Meierdings-Ländereien, die von seiner verstorbenen Frau auf seine mit derselben erzeugte Kinder gekommen, aber eine Zeitlang verpfändet gewesen waren, eingelöset, und darauf das Meierding zu Wittenburg gebeten, zu seiner mehreren Sicherheit an Alle, welche an diese Ländereien aus irgend einem Grunde Ansprüche oder Forderungen zu haben vermeinten, eine öffentliche Ladung zu erlassen, welches auch unter der Verwarnung geschah, daß diejenigen, welche sich in dem bestimmten Termine nicht melden würden, nachher mit ihren Ansprüchen und Forderungen gar nicht weiter gehört werden sollen. Diese Ladung wurde zu Wittenburg, Calenberg, Poppenburg und Elze öffentlich angeschlagen, und nach Ablauf des Termins in einem deshalb versammelten ausserordentlichen Meierding ein förmlicher Präclusiv-Bescheid abgegeben.

Erst zwanzig Jahre nachher wurde der Besitzer dieser Ländereien aus dem Grunde eines den Klägern

gern nach Meierdingsrecht an denselben zustehenden Eigenthums in Anspruch genommen. Wir wollen die vollständige Geschichte des hierdurch bey dem Meierdinge zu Wittenburg veranlaßten Rechtsstreits hier übergehen, und nur bemerken, daß die von dem Beklagten eingewandte Einrede der Präclusion aus dem Grunde verworfen wurde, „weil der vor„mahls ergangene Präclusiv-Bescheid seiner Natur „nach nicht die Meinung und Kraft habe haben kön„nen, denen, welchen an den in des Beklagten „Besitze befindlichen Gütern ein Eigenthum nach „Meierdingsrecht zugestanden, solches zu nehmen, „und einem andern zuzuwenden.“ Hierüber wurde in der Appellations-Instanz Beschwerde geführt, und dadurch die nachstehende Erörterung veranlaßt.

Es mußte immer auffallend seyn, daß eben dasselbe Meierding, welches die Meinung und Kraft seines eigenen Präclusiv-Bescheides auf eine dem Beklagten so nachtheilige Weise erklärte, vormahls alle, welche an die von demselben eingelösete Meierdings-Länderey aus irgend einem Grunde Ansprüche oder Forderungeu zu haben vermeinten, unter dem Präjudiz der Präclusion vorgeladen, und in dem darauf abgehaltenen aufserordentlichen Meierdinge unbedenklich alle, welche sich mit ihren Ansprüchen oder Forderungen nicht gemeldet, damit wirklich präcludirt hatte. In seinem an das Obergericht erstatteten Berichte bezog es sich zur Rechtfertigung seines Erkenntnisses auf Pufendorf, T. 3. observ. 85. §. 4, wo es heißt: „illud autem admonendi sumus, quod ad securitatem efficiendam heredi permitti-

tur,

tur, vitandi damni, non lucri captandi causa procedere. Heres igitur iis, qui comparuerunt, secure solvit, ceterum contra eos, qui professi credita sua non sunt, lucrum sibi ex hereditate retinere non potest.“

Die Kläger hatten übrigens nicht behaupten können, daß ſie von der Edictalladung und dem darauf erfolgten Präcluſiv-Beſcheide keine Kenntniß gehabt hätten; auch mußten ſie als Meierdings-Genoſſen davon wirklich Kenntniß erhalten haben, da es ihre Schuldigkeit war, in dem Meierding zu erſcheinen und den Verhandlungen deſſelben beizuwohnen. Sie ſchützten nur vor, daß ſie erſt neuerlich die Verhältniſſe, auf welche ſie ihr Eigenthumsrecht gründen zu können glaubten, in Erfahrung gebracht hätten; — eine Behauptung, die, nach den in den Acten vorgekommenen Umſtänden, nicht nur wenig Wahrſcheinlichkeit für ſich hatte, ſondern auch der Lage der Sache nach überhaupt als unerheblich ſich darſtellte.

Im Weſentlichen kann alſo in dieſer Hinſicht alles auf die von dem Unterrichter ſeinem eigenen Präcluſiv-Beſcheide gegebene Deutung an. So wie er deſſen Meinung und Kraft erklärt hatte, war demſelben in der That alle Kraft genommen. Zwar hatte er vormals alle, die aus irgend einem Grunde an das jetzt ſtreitige Meierdingsland Anſprüche oder Forderungen haben könnten, vorgeladen und die Ausbleibenden bedrohet, daß ſie damit nachher weiter nicht gehört werden ſollen, auch ſie in dem deßhalb angeſetzten auſſerordentlichen Meierding wirklich präcludirt. Als aber die Kläger nach

mehr als zwanzig Jahren mit ihren Ansprüchen auftraten, versicherte derselbe Richter, sein Präclusiv-Bescheid habe seiner Natur nach die Meinung und Kraft nicht haben können, den etwaigen Eigenthümern ihr Recht zu nehmen, und da er zugleich die Kläger mit ihren Ansprüchen hörte: so blieb natürlicher Weise seine in der Edictalladung enthaltene Drohung, so wie die durch den Präclusiv-Bescheid dem Beklagten gegebene Zusicherung unerfüllt. Die ganze Edictalladung war also nunmehr eine völlig vergebliche Gerichtshandlung. Je häufiger nun heutzutage bey Erbtheilungen, Veräusserungen von Grundstücken und dergl. öffentliche Ladungen und Präclusiv-Bescheide vorkommen, unter deren Schutz sich die Besitzer im Vertrauen auf das obrigkeitliche Wort völlig sicher glauben, desto mehr Interesse mußte auch in Rücksicht auf die allgemeine Rechtstheorie die Prüfung der von dem Beklagten und Appellanten angebrachten Beschwerde haben. Es wurden deshalb folgende drey Fragen aufgestellt:

1) Konnte in dem vorliegenden Falle eine Edictalladung unter Androhung der Präclusion gültig erkannt werden?
2) Ist sie auf eine rechtsbeständige Weise erlassen worden?
3) Was für rechtliche Wirkungen hat der darauf erlassene Präclusiv-Bescheid?

Der Gebrauch der Edictalladungen in verschiedenen rechtlichen Verhältnissen beruhet nicht auf ausdrücklichen Vorschriften der gemeinen Rechte, sondern ist durch den Gerichtsgebrauch eingeführt. Eben daher fehlt es auch gänzlich an gemeinrechtlichen

lichen Bestimmungen der Wirkungen der Präclusion, welche gewöhnlich in jenen Ladungen angedrohet wird. Es kann demnach die Statthaftigkeit der Edictal-Ladungen in vorkommenden Fällen, so wie die rechtliche Wirkung der Präclusion nur aus der Natur der Sache, der Rechts-Analogie und dem Gerichts-Gebrauche beurtheilet werden. a)

Die Rechtsgelehrten führen zwar Stellen des römischen und canonischen Rechts, z. E. Clem. 1. de jud. Clem. un. de foro compet. c. 10. X. de dolo et contum., — l. 55. 68 etc. D. de jud. bei der Lehre von der Edictalcitation an b); allein da dieselben auf unsere heutzutage gewöhnlichen öffentlichen Ladungen sich nicht beziehen, so ist dies wohl nur eine Folge der alten Gewohnheit, für jeden Satz, wo möglich, ein Gesetz, es mag passen oder nicht, anzuführen.

Was insonderheit das römische Recht betrifft: so bezielt bekanntlich alles, was von gerichtlichen Edicten, vom primo, secundo et tertio peremtorio edicto gesagt wird c), die Fortsetzung einer einmahl anhängig gemachten Rechtssache, und insbesondere das Ausbleiben der Kläger, qui tantummodo proponunt actiones, nolunt autem usque ad finem exercere judicium d).

Von

a) Weber von der natürlichen Verbindlichkeit, §. 93.

b) S. z. E. Mevius Dec. P. 8. dec. 351. 415. Claproth Summ. Proc. §. 330.

c) L. 55. l. 68 — 73. D. de jud. —— Nov. 112. c. 13.

d) Nov. alleg.

Bayerische Staatsbibliothek München

Von der Präclusion derselben mit ihren Ansprüchen ist aber dabei nicht die Rede, sondern der Richter muß die Sache, wie sie liegt, entscheiden; — non utique secundum praesentem, sed interdum vel absens, si bonam causam habuit, vincet. e)

Dabey kömmt denn freilich die Edictalladung vor. „Si actor, heißt es in der 112. Nov., causam prosequi distulerit, damus pulsato licentiam, judicem, apud quem lis coepta est, postulandi, ut ab eodem judice actor ad judicium .... venire moneatur, et si hoc minime fecerit, propositis tribus vocetur edictis. .... Jubemus enim ordinarios judices non solum praeconum vocibus, sed etiam edictis propositis quamcunque litigatorum partem absentem in judicium vocare. Vocem enim praeconis pacui possunt, qui praesentes inveniantur, audire: edicta vero per multos dies sic posita, possunt pene omnes agnoscere.“ Von der Form dieses Contumacial-Verfahrens hatte das Reichscammergericht noch sein Proclama, und jede Edictalcitation hat daher ihren ersten, zweiten, dritten und peremtorischen Termin. Aber im übrigen erhält sie dadurch überall und insonderheit in Ansehung der Präclusion keine nähere Bestimmung. Auch die einzige Gesetzstelle, welche auf diese hinzielt, und die von den Rechtsgelehrten zur Unterstützung ganz entgegen gesetzter Meinungen angeführt wird f), giebt wenig

e) L. 73. pr. all.

f) Leyser Med. ad Pand. Vol. 7. spec. 490. Med. 1.

wenig oder gar kein Licht. Es ist die Lex 6., C. de remiss. pignor., welche also lautet: „Si eo tempore, quo praedium distrahebatur, programmate admoniti creditores, cum praesentes essent, jus suum executi non sunt: possunt videri obligationem pignoris amisisse.“ Hier wird vorausgesetzt, daß die Gläubiger bekannt und gegenwärtig sind, und aus ihrem Stillschweigen wird auf die Erlassung des Pfandrechts geschlossen; — einer Androhung der Präclusion und eines Präclusivbescheides wird überall nicht gedacht.

Bei den heutzutage üblichen Edictalcitationen ist aber das Absehen hauptsächlich auf unbekannte und abwesende Gläubiger oder solche, die sonst Ansprüche haben könnten, gerichtet; sie werden unter Androhung der Präclusion öffentlich vorgeladen, und wenn sie nicht erscheinen, durch einen förmlichen Bescheid wirklich präcludirt. Der Fälle, wo bekannte Gegner unter Androhung der Präclusion edictaliter citirt werden, sind wenige: wenn nämlich ihr Aufenthalt unbekannt ist, oder wenn eine fremde Obrigkeit die Insinuation verweigert. Nicht immer aber besteht alsdann das Präjudiz im Verlust der Ansprüche, sondern häufig nur in dem Verluste der Einreden oder in der Präclusion mit einer gerichtlichen Handlung.

Ueberhaupt muß der Gegenstand der Präclusion sorgfältig unterschieden werden. Im Concurse wird, nach der richtigern Meinung, nur von der Concursmasse präcludirt. Der Kläger, der sich der Fortsetzung einer Sache und vielleicht

 gar

gar den persönlichen Ladungen entzieht, wird öffentlich vorgeladen, und wenn er nicht erscheint, mit weiteren Handlungen präcludirt, darauf entweder der Beklagte von der Instanz absolvirt, oder in der Sache selbst erkannt. Der Beklagte kann in der Regel nur unter Androhung des Verlusts seiner Einreden nöthigen Falls edictaliter vorgeladen werden. Ganz anders verhält sich aber die Sache, wenn die Edictalladung unter dem Präjudiz erlassen wird, daß die unbekannten Nichterscheinenden mit ihren Rechten, Forderungen oder Ansprüchen präcludirt, damit in der Folge weiter nicht gehört, und sonach derselben verlustig seyn sollen.

Dieses pflegt hauptsächlich bey Erbschafts-Anfällen, Erbtheilungen, Veräusserungen unbeweglicher Güter, Mortification verlorner Urkunden, Tilgung der Hypotheken oder Consense, Errichtung neuer Hypotheken-Bücher u. d. m. vorzukommen. Nach dem Gerichtsgebrauche von ganz Teutschland werden oft und vielmals in solchen Fällen Edictal-Citationen unter Androhung der Präclusion in den Gerichten nachgesucht und von denselben bewilligt, Professions-Termine angesetzt und Präclusiv-Bescheide abgegeben. Sollte man glauben, daß die Gelehrten noch nicht einig darüber sind, ob das Alles auch irgend eine rechtliche Wirkung haben könnte?

Wäre die verneinende Meinung die richtige: wie wollen es unsere Gerichtshöfe verantworten, daß sie durch ihre Gerichtshandlungen den Unterthanen vergebliche Mühe und oft große Kosten verursachen?

— noch mehr aber, daß sie sie in eine falsche Sicherheit einschläfern, aus der sie vielleicht erst nach jahrelanger Ruhe auf eine für sie sehr drückende Weise geweckt werden? Bei der Edictal=Citation im Concurse ist zwar auch über die Wirkung des angedroheten Präjudices unter den Rechtsgelehrten Streit; Alle aber sind doch darin einig, daß die Präclusion wenigstens von der Concursmasse ausschließe. In Ansehung der anderen Edictal=Citationen fehlt es gänzlich an Uebereinstimmung. Auch die Landes=Gesetzgebung schweigt größtentheils darüber.

In Churſachsen hat man ein Mandat vom 13. Nov. 1779, die Edictal=Citation in Civilsachen ausserhalb des Concursus creditorum betreffend g), deren Inhalt ich aber nicht näher kenne.

Die in dem vorliegenden Falle zu beurtheilende Edictal=Citation und Präclusion gehört nun unstreitig zu der angegebenen ganz unbestimmten Art. Sie ist durch die Einlösung versetzt gewesener Grundstücke veranlaßt, und ihr Zweck war, daß alle, welche in dem bestimmten Termin mit ihren Forderungen oder Ansprüchen an dieselbe sich nicht melden würden, damit nachher weiter nicht gehört werden sollen.

Unsere Landesgesetze bieten uns keine Beurtheilungs=Normen dar, indem sie überhaupt von der Edictal=Citation nur gelegenheitlich und nirgends vollständig handeln, eben so wenig auch die eigent=

g) [v. Trützschler] Anweisung zur Abfassung rechtl. Aufsätze. II. 530.

eigentliche Kraft und Wirkung der Präclusion bestimmen. So ist z. E. in dem 2ten Theile, 3. Tit., §. 15. der

Oberappellations-Gerichts-Ordnung

nur im Allgemeinen verordnet, daß nach erkannten Appellations-Processen die Citandi, von welchen ungewiß und nicht zu erkundigen ist, wo sie sich aufhalten, durch ein öffentliches, mit denen gewöhnlichen Clausulis praeclusionis verfassetes Edict oder proclama, welches in dreien verschiedenen territoriis anzuschlagen, vorzuladen seyen.

Von mehreren Rechtsgelehrten wird die Edictal-Citation und die darauf folgende Präclusion theils mit der Präscription, theils mit den provocatorischen Rechtsmitteln verglichen h).

v. Cramer sagt in der zuletzt angeführten Stelle: „ne rerum dominia incerta sint, hat die Präscription einzuführen, dem Zeugniß Kaisers Justiniani nach, veranlaßt. Und eben darinnen ist auch der Grund derjenigen Edictal-Citation zu finden, welche der Provocation ex lege diffamari sehr nahe kömmt.“ Allein diese Vergleichung hinkt, wie alle ihre Schwestern. Die Präscription ist durch die Gesetze ausdrücklich eingeführt; ihre Erfordernisse und Wirkungen sind bestimmt. Daran aber fehlt es bey der Edictal-Citation gänzlich. Die Provocation ex lege diffam.

setzt

h) [v. Trützschler] die Lehre von der Präclusion bey entstandenem Concurse der Gläubiger. S. 5.
Claproth Summ. Proc. S. 420.
v. Cramer Th. 11. S. 1. Th. 74. S. 92.

setzt einen bekannten Gegner, der sich eines Anspruchs rühmt, voraus. Die Edictal-Citation der hier in Frage stehenden Art ist gegen unbekannte Gegner gerichtet, von deren Rühmen man also auch nichts wissen kann.

Da jedoch der Gerichtsgebrauch auch diese einmal eingeführt hat: so muß sie doch nothwendig zu irgend etwas nützen, — und zwar nicht blos den Gerichten durch Sporteln, sondern auch den Extrahenten. Hommel, und nach seinem Zeugniß auch die Leipziger Juristen-Facultät — ist der Meinung, daß da, wo das Gesetz es nicht ausdrücklich verstatte, eine Edictalladung mit dem Präjudiz der Präclusion ein actus frustaneus sey, weil es keinem Richter zukomme, einem Dritten vor rechtsverjährter Zeit eine Klage durch eine willkührliche Ladung und ein eben so willkührliches Präjudiz abzuschneiden. „Per arbitrarias comminationes, sagt er, jus stabile cuiquam adimere aut praecludere aliquem, hoc est actionem perpetuam arbitrio suo et quasi dictatorio jussu temporariam facere, non magistratus potest, sed lex. Praecluduntur itaque in creditorum concursu illi, qui in liquidationis termino non comparuerunt, quare? quia lex ita jussit. Eodem modo comminatio: sub poena perpetui silentii plane ridicula foret, nisi leges diffamari et si contendat hoc permisisse viderentur.“ i)

Diese

i) Hommel Rhapsod. T. 4. obs. 585. ibique all.
Idem T. 1. obs. 106.

Diese Grundsätze haben allerdings vielen Anschein und unstreitig die Regel für sich. Allein da doch der Gerichtsgebrauch die Edictalladungen in Fällen der oben angegebenen Art einmal eingeführt hat: da darauf decreta praeclusiva allgemein abgegeben werden, und da nicht vermuthet werden kann, daß die Justiz mit dem Allen nur ein unnützes, vergebliches Spiel treiben wolle; so müssen die Präclusivbescheide nothwendig auch rechtliche Wirkung haben, diese aber muß durch die der Ladung eingerückte, dem Gerichtsgebrauche und den Umständen gemäße Drohung bestimmt werden. Sonst liefe ja in der That jedes gerichtliche Verfahren in Ansehung solcher Edictalcitationen auf eine sonderbare Art von Betrug hinaus. Daher wird auch von vielen Rechtsgelehrten die Kraft und Wirkung einer unter der Bedrohung, daß die Nichterscheinenden nachher nicht sollen gehört werden, erlassenen öffentlichen Ladung, gar nicht bezweifelt. k)

v. Pufendorf, auf den sich das Untergericht bezogen hat, nimmt im Wesentlichen dasselbe an, und glaubt nur, daß bey öffentlicher Vorladung erbschaftlicher Gläubiger kein Erbe durch ein praeclusivum mit dem Schaden eines ausbleibenden Gläubigers sich bereichern dürfe. Es ist dieses jedoch eine willkührliche Restriction, die, wenn sie gleich nur einen bestimmten Fall bezielt, doch weder in diesen noch im Allgemeinen Beifall verdient, da durch ihre Anwendung die Wirkung jedes Präclusivbescheides vereitelt werden könnte.

Ueber-

k) v. Cramer a. a. O. Th. 14. S. 92 f. Strube rechtl. Bed. Th. 4. S. 339. Engau Dec. P. 2. Dec. 158. n. 4.

Ueberdies aber paßt sie nicht auf den vorliegenden Rechtsfall, da der Appellant die streitige Länderey, selbst nach der Appellaten Anführen, nicht anders, als titulo oneroso erworben haben kann, sie ihm auch selbst den Preis ersetzen wollen, man daher nicht sagen kann, daß er durch ihre Präclusion bereichert werde.

Da nun nach dem notorischen Gerichtsgebrauche dieses Landes den Gerichten erlaubt ist, in Fällen, wie der vorliegende, öffentliche Ladungen mit dem Präjudiz der Präclusion zu erkennen; so glaube ich die erste Frage dahin beantworten zu müssen:

daß in dem vorliegenden Falle eine Edictalladung unter Androhung der Präclusion gültig habe erkannt werden können.

Diese Antwort scheint auch noch durch die Rechts-Analogie und den präsumtiven Willen des Gesetzgebers, besonders für Fälle, wie der gegenwärtige ist, unterstützt zu werden. Die Kläger und Appellaten wollen höchstwahrscheinlich ein Retractsrecht ausüben. Nun ist aber in Beziehung auf die dasselbe betreffende Verordnung vom 3ten Januar 1699, nach welcher bey Subhastationen die zum Retract Berechtigten mitbieten sollen, vorgeschrieben, daß, wenn das Gericht nicht wissen noch erfahren könne, wo solche Personen sich aufhalten, sie, falls sie ihres Rechtes sich zu gebrauchen gewillet, durch einen öffentlichen Anschlag in dreier Herren Lande, unter der Verwarnung, daß sie nachher nicht weiter würden gehört werden, zu citiren seyen. 1)

Der Appellant hat nun zwar die befragten Grundstücke nicht in einem Subhastations-Termine er-

1) O. A. G. O. Th. 2. tit. 15. §. 21.

erstanden: er hat sie aber eingelöset, und darauf zur Sicherung seiner Acquisition eine öffentliche Ladung contra quoscunque praetendentes, mithin auch gegen die Retractsberechtigten, ausgebracht. Der unverkennbare Grund des Gesetzes: damit die Ungewißheit des Eigenthums möglichst vermieden werde, paßt hier, wie dort, und es spricht daher auch die Rechts-Analogie für die Statthaftigkeit der von dem Meierdinge zu Wittenburg erlassenen Edictalcitation.

Ist sie aber auch auf eine rechtsbeständige Weise erlassen? — Diese zweite Frage scheint verneint werden zu müssen, da, wenn gleich an den übrigen Erfordernissen kein Mangel zu befinden ist, doch aus den Acten so viel sich ergiebt, daß die Citation nur in zweier Herren Länder öffentlich angeschlagen ist: in den hiesigen und im Hildesheimschen. Da jedoch der Anschlag in dreier Herren Lande nirgends bei Strafe der Nichtigkeit vorgeschrieben ist: da selbst in wichtigern Fällen die Reichsgesetze nur erfordern, daß eine Edictalladung in zweier oder dreier Herren Lande verkündet werde m): da die Practiker in minder bedeutenden Fällen selbst den bloßen Anschlag an der gewöhnlichen Gerichtsstelle für hinreichend halten n): da überdies die befragte Edictalladung auch den öffentlichen Anzeigen eingerückt ist, und da endlich für die Bekanntmachung derselben in der Nachbarschaft, in welcher die Appellaten alle wohnen, hinreichend gesorgt ist, diese auch, daß ihnen die Ladung nicht bekannt geworden, überall nicht behauptet haben, viel-

m) Landfriede von 1548. tit. 14. §. 1.

n) Claproth Summ. Proc. §. 336.

vielmehr zu vermuthen ist, daß sie als Meierdings-genossen davon sofort Kenntniß erhalten haben; so wird die in Frage stehende öffentliche Ladung auch der Form halber zu Recht wohl bestehen können.

Ist dies der Fall, so kann, was die dritte Frage betrifft, die rechtliche Wirkung des in Folge der Edictalcitation abgegebenen Präclusivbescheides nicht zweifelhaft seyn. Weber sagt: „durch die Präclusion kann Niemand mehrere Rechte verlieren, als deren Verlust der Richter ihm gültig androhen konnte und wirklich angedrohet hat o); und Pufendorf: Et plane quo casu citatio edictalis sub poena praeclusionis admittitur, effectus etiam praeclusionis deinde admittendus est. p)

Unter obigen Voraussetzungen hat nun der Unterrichter auf das Gesuch des Appellanten alle, welche an die befragte Meierdings-Länderey aus irgend einem Grunde Forderungen oder Ansprüche zu haben glauben, auf einen bestimmten Termin unter der Verwarnung, daß sie nachher damit nicht weiter gehört werden sollen, gültig vorladen, darauf, nach abgehaltenem Professions-Termin, gegen die Nichterschienenen einen Präclusivbescheid gültig abgeben können, und dieser Bescheid ist längst in Rechtskraft getreten: es erfolgt daher von selbst, daß nachher gegen den Appellanten und seine Erben keine Prätendenten, und folglich auch die Appellaten nicht, mit ihren Ansprüchen weiter gehört werden dürfen.

o) Von der natürl. Verbindlichkeit. §. 93.
p) T. 3. Obs. 86. §. 3.

V.

V.

Von dem Wiederschatter bey Meierdingsgütern.

Die Meierdings-Verfassung hat bekanntlich eine Menge Eigenthümlichkeiten, die nicht nur nach Provinzen, sondern selbst in einer und derselben Provinz höchst verschieden seyn können, da meistentheils Alles auf alten Gewohnheiten, wie solche durch die Zeugnisse der Meierdings-Nothen, die Meierdings-Artikel, Statuten und Urtheile bewährt werden, beruhet.

Ein Meierdings-Gericht bildet für die Besitzer der darunter belegenen Meierdings-Güter zugleich eine Genossenschaft, zu welcher man gehören muß, um dergleichen Güter erwerben zu können. Selbst der Sohn, der seines Vaters Gut erbet, muß sich ansetzen (anschreiben) lassen a). Wer kein Meierdings-Mann ist oder werden will, kann nur dann ein Meierdings-Gut besitzen, wenn er aus der Zahl der Meierdings-Männer für sich eine getreue Hand, d. h. einen Stellvertreter, der in seinem Namen die mit dem Besitze des Meierdings-Gutes verbundenen Obliegenheiten erfüllt, dem Meierding beiwohne, u. s. w. ansetzen läßt b).

Et-

a) Strube de bonis meierdingicis, p. 573.

b) Id. l. c. p. 582 seq.

Etwas ganz anderes ist aber der Wiederschatter, der nur die Fähigkeit, und gewissermaaßen ein interimistisches Recht zur Erwerbung, und zum Besitz und zur Benutzung eines Meierdings-Gutes für seine Person erhält. Der in dem so eben (Nro. IV.) erzählten Rechtsfall vorgekommene Beklagte und Appellant hatte in dem Meierding zu Wittenburg vorgetragen: Er habe die seiner verstorbenen Frau zuständig gewesenen Meierdings-Grundstücke mit 300 Thlr. eingelöset und an sich gebracht, und bitte daher, daß er desfalls auf diesem Meierdinge als Erbe angenommen werden möge. Auf diesen Vortrag geschah zuerst durch die Achtsleute die Umfrage: ob gegen die Aufnahme dieses Mannes zum Wiederschatter und demnächst zum Erben etwas zu erinnern sey? worauf Einer der Anwesenden zu vernehmen gab: da die eingelöseten Meierdings-Grundstücke von der Ehefrau des jetzigen Besitzers herkommen, die Meierdings-Güter aber dem Blute folgen, und von jener leibliche Kinder vorhanden seyen; so gehöre solchen das Anrecht daran, und ihr Vater könne dieselben also nicht an sich bringen. Da man nun dieses allerdings der Meierdings-Verfassung gemäß fand, und solches Letzterem bedeutete: so verstand er sich dazu, sich verbindlich erklären zu wollen, daß die befragten Grundstücke seinen Kindern verbleiben sollen und er anderweit darüber nicht disponiren wolle oder solches in alle Wege ungültig seyn solle. Unter dieser Bedingung, hoffe er nun, werde man von Meierdings wegen kein Bedenken finden, ihn zum Erben anzunehmen. Es wurde also nochmals umgefragt, und als die Erben (Meierdings-Nothen) nichts weiter

da-

dagegen einzuwenden hatten: so wurde er gegen Erlegung von 4 Thlr. 25 Mgr. Gebühren, welche sofort ordnungsmäßig vertheilt wurden, zum Wiederschatter aufgenommen.

Ueber diesen Vorgang gab das Meierding zu Wittenburg, in seinem an das Obergericht erstatteten Berichte, folgende Erläuterung:

„Die hiesigen Meierdings-Güter haben allem Anscheine nach ursprünglich nur ein einziges Gut ausgemacht, das einst von seinem Besitzer unter seine Erben vertheilt worden ist, mit der noch immer unverkennbaren Absicht, daß es einzig und allein bei diesen bleiben, und in keine fremde Hände kommen solle; weswegen auch die Gerichtsbarkeit über die über das Gut entstehende Streitigkeit diesen Erben in gewisser Maaße selbst vorbehalten worden ist. In der Folge der Zeit hat man Stücke davon zwischendurch zwar an Fremde kommen lassen; jedoch nie anders, als mit Einwilligung sämmtlicher Erben, und mit völliger Sicherung ihres Vorrechts. Zu dem Ende hat man die Gelangung eines Fremden zu dem Meierdings-Gute so sehr erschwert, daß man festgesetzt hat: schon derjenige, der ein Stück, das nicht in sein eigenes Erbe gehöre, an sich zu bringen nur zugelassen werden wolle, solle diese Zulassung mit 4 Thlr. 25 Gr. in Cassengelde erkaufen. Diese Zulassung heißt die Ansetzung zum Wiederschatter, und sie giebt dem, dem sie angedeihet, kein Recht auf das Grundstück selbst, sondern nur das Recht, dar-

darauf handeln zu dürfen. Ein Käufer aus dem Erbe selbst hat vor dem Wiederschatter noch immer das Vorrecht, daß er, wenn er dasselbige geben will, ihm im Kaufe vorgeht."

VI.

Geschichte eines Rechtsstreits über die Theilnahme an der Einquartierungs-Last zwischen Miether und Vermiether.

Dieser Rechtsstreit hat die im dritten Theile *) enthaltene Ausführung veranlaßt.

Der Graf von Reden hatte am 9ten Sept. 1802 sein Wohnhaus zu Hameln auf sieben Jahre — von Michaelis 1802 bis 1809 — an den Hauptmann von Hodenberg vermiethet. Dabey wurde bedungen, daß der Miether eine wegen Preußischer Einquartierung zu bezahlen gewesene Summe übernehme, wegen künftiger Einquartierung aber nichts verabredet. Der Vermiether hatte sich übrigens zwei Cabinette, worin sich seine Bibliothek, Charten-Sammlung und sein Familien-Archiv befunden, und auf den Fall seiner Anwesenheit in Hameln, den Gebrauch der für ihn nöthigen Zimmer, die Schlafstellen für seine Domestiken, und die Stallung für seine Pferde vorbehalten, auch in dem Hause einen ansehnlichen Theil seines Hausgeräthes gelassen, und dem Miether die Verbindlichkeit aufgelegt, für

*) Nro. I. S. 1 f.

für die gute, sichere Aufbewahrung desselben, so wie des Archivs, der Bibliothek und der Chartensammlung, möglichst Sorge zu tragen.

Als nach der französischen Invasion im Jahre 1803 die Last der feindlichen Einquartierung auch das von Redensche Haus in Hameln traf, miethete der Hauptmann von Hodenberg den ihm zugetheilten Officier aus, und bezahlte für Wohnung und Beköstigung monatlich eine nach der Jahrszeit verschiedene Summe. Diese Auslage nun wollte er dem Hauseigenthümer an der Miethe abziehen, dieser aber sich solches nicht gefallen lassen, indem er dafür hielt, daß er höchstens nur einen Theil davon zu übernehmen verbunden sey. Er klagte daher gegen den von Hodenberg, und bat, ihm anzubefehlen, binnen vier Wochen die rückständige Hausmiethe nebst Verzugszinsen und den verursachten Kosten zu bezahlen.

Der Implorat erwiederte hiergegen: daß, da die Einquartierung eine Real-Last sey, die wegen derselben gemachten Auslagen dem Imploranten, als Vermiether, berechnet werden könnten, mithin der Klage die Einrede der Compensation entgegen stehe, und zwar um so mehr, als der Implorant von dem Hamelnschen Billet-Amte wegen der französischen Einquartierung einen beträchtlichen Beitrag erhalten habe, weßwegen er auf Entbindung von der Klage antrug.

Der Implorant bezog sich in der Replik hauptsächlich auf die Anlage des im Jahre 1762 für die Stadt Hannover ergangenen Reglements *), wornach der Vermiether eines Hauses zwey Drittel, der

*) S. Th. 3. S. 4 f.

der Miether aber ein Drittel der Einquartierungs-Last tragen sollte. Er behauptete zugleich, daß der Implorat die Einquartierung ohne Noth ausgemiethet und dadurch die Kosten vermehrt habe.

Wenn nun gleich diese letztere Bemerkung, vorzüglich in Ansehung der Quartierslast, da dem v. Redenschen Hause nur ein einzelner Officier zugetheilt worden war, und folglich eine übermäßige Beschränkung des Raums nicht wohl angenommen werden konnte, Rücksicht zu verdienen, daher dem Imploraten einiger Erlaß an dem Miethzinse nicht zu gebühren schien: so mußte doch dagegen in Erwägung gezogen werden, daß der Implorant nicht nur sich einen Theil des vermietheten Hauses vorbehalten, sondern auch den Imploraten, für die sichere Aufbewahrung der darin zurückgelassenen Mobilien Sorge zu tragen, verpflichtet hatte, welches nicht leicht besser als durch Ausmiethung der Einquartierung geschehen konnte. In dieser Hinsicht, und da der Implorant aus der Service-Casse einen Beitrag zu den Einquartierungskosten von beinahe 200 Thlr. erhalten hatte, wurde das Verhältniß von $\frac{1}{3}$tel zu $\frac{2}{3}$tel in Bestimmung der Concurrenz des Imploranten und des Imploraten zu der getragenen Einquartierungs-Last für den Umständen und der Billigkeit am angemessensten gehalten, wie nachstehendes Urtheil zeigt.

In Sachen Anwaldes des Königl. Preußischen Staats-Ministers, Grafen v. Reden zu Breslau, Imploranten an einem —, wider den Hauptmann von Hodenberg, Imploraten am andern Theile, in puncto debiti ex loc. conducto, wird von

Uns Königl. Großbritannischen, zur Churfürstlich Braunschweig-Lüneburgischen Justitz-Canzley verordneten Canzley-Director und Räthen zu Recht erkannt:

Alldieweilen die mit der Verpflegungs-Last verbundenen Einquartierungs-Kosten ihrer Natur nach also beschaffen sind, daß selbige in der Regel nach einem billigen, den jedesmaligen Umständen angemessenen Verhältnisse unter den Eigenthümer und Miether zu vertheilen sind, mithin des Imploraten praetensum, sich von aller Mitleidenheit gänzlich zu befreien, sich als rechtswidrig darstellt, dahingegen aber des Imploranten noch in replicis erfolgte Aeußerung, nach welcher derselbe damit einverstanden gewesen, wenn in substracto das Verhältniß von $\frac{2}{3}$tel zu $\frac{1}{3}$tel zum Grunde gelegt werde, allenthalben als der Sache völlig angemessen erscheint, um so mehr, als ohnehin der Implorant bereits während der Einquartierung eine nicht unbeträchtliche Beihülfe aus der Stadt Hamelnschen Service-Casse an Quartier- und Tafelgeldern erhalten, nach jetziger Lage der Sache auch dem Imploraten das Ausmiethen des zu beherbergenden Französischen Officiers nicht wohl zum Vorwurf gereichen mag, angesehen derselbe sich dadurch in Stand gesetzt hat, die nach dem §. 2. des Miethcontracts übernommene Verbindlichkeit intuitu des im Hause befindlich gewesenen des Imploranten Mobiliaris, in specie des Archivs, der Bibliothek und der Charten-Sammlung, desto sicherer zu erfüllen, so daß dem-

demnach das Ausmiethen auch dem Imploranten in substracto einen wesentlichen Nutzen gewährt hat; als sind die specificirten Einquartierungs-Kosten und Auslagen in der Maße zwischen dem Imploranten, als Vermiether, und dem Imploraten, als Miether, zu theilen, daß der Implorant davon zwey Drittel, der Implorat aber ein Drittel zu übernehmen gehalten, mithin Letzterer jene zwey Drittel an der Miethe zu kürzen berechtiget ist, wobey es sich jedoch von selbst verstehet, daß dem Imploranten seine etwaigen Erinnerungen gegen die berechneten Ansätze selbst allemal annoch vorbehalten bleiben, als zu welchem Ende der Implorat auch verbunden ist, die demselben noch nicht zugeschickten Original-Quittungen mitzutheilen.

Immaaßen Wir also erkennen, die bisher von beiden Theilen aufgewandten Kosten aber aus dazu bewegenden Ursachen gegen einander vergleichen.

Von Rechtswegen.

[Dieses Urtheil ist auch in der Supplicationsinstanz lediglich bestätigt worden.]

VII.

Von der Concurrenz vereinigter Gemeinden zu den Transport-Kosten des Predigers.

Bey dem Amthause zu Grohnde befindet sich eine Capelle, welche für alle auf dem Amte und in dessen Bezirk wohnende herrschaftliche Diener bestimmt ist, so daß dieselben eine eigene Kirchengemeinde bilden, und wobey der Prediger zu Hajen das Amt eines Predigers und Seelsorgers versieht. Die Einwohner des Fleckens Grohnde hingegen gehörten zu dieser Gemeinde vormahls nicht, sondern waren, obgleich sie dem gewöhnlichen Gottesdienst in der Amtscapelle beiwohnten, in Ansehung aller kirchlichen Handlungen nach Ohsen eingepfarrt, und daher auch dahin zur Entrichtung der Stolgebühren verbunden. Mancherley mit dieser Verfassung verbundene Unordnungen und Unbequemlichkeiten veranlaßten im Jahre 1729 die Gemeinde des Fleckens Grohnde, bey dem Consistorium zu Hannover um gänzliche Vereinigung mit der Capellen-Gemeinde nachzusuchen, welches Gesuch auch bewilliget, und davon der Gemeinde in einem Commissions-Termin am 10. May 1730

Kenntniß gegeben wurde. Bey dieser Gelegenheit trug dieselbe vor: „daß sie bey den bisher gehabten Immunitäten bleiben und dabey geschützt seyn möchte, vornehmlich bey der ihrer Meinung nach auf der Ohsenschen Kirche und deren Filialien haftenden Zehentfreiheit, daß sie mit ihren letzten Nachkommen mit dem Zehenten nicht beschweret werden möchten; sie zur Erbauung und Reparation der Pfarre und anderer ad ecclesiastica gehörender Gebäude zu Hajen weder jetzt noch jemahls bis auf ihre letzten Nachkommen angehalten werden möchten.“ Hierauf erwiderten die Commissarien: „daß sie auf diese postulata sich einzulassen zwar nicht instruirt wären; indessen wollten sie versichern, daß hierbey die Absicht gar nicht dahin gienge, neue onera zu machen, vielweniger die Gemeinde in ihren sonst habenden privilegiis zu beeinträchtigen, sondern es würde ihnen nur das, was sie supplicando gesuchet, gewähret“ ꝛc.

Seit dieser Zeit ist also die Fleckensgemeinde, völlig in die Amtsgemeinde aufgenommen, der geistlichen Obsorge des Predigers zu Hajen allein anvertraut gewesen. Dessen ungeachtet hat sie zu den mit der Anstellung eines neuen Predigers verbundenen Kosten, insonderheit den Transportkosten, nie beigetragen, und erst im Jahre 1803 wurde sie deshalb von der Gemeinde Hajen in Anspruch genommen. Das Amt Grohnde entband sie jedoch von der gegen sie erhobenen Klage, und schützte sie im Besitze der Freiheit von der Concurrenz zu den Translocations-Kosten des Predigers, ließ aber der klagenden Gemeinde den Beweis der Verbindlich-

lichkeit der beklagten, zu diesen Kosten beizutragen, nach.

Dagegen supplicirte jene und suchte vorzüglich auszuführen, daß der bisherige Besitz der Freiheit hier nicht in Betrachtung kommen könne, da es lediglich von ihrer Willkühr abgehangen habe, die in Frage stehenden Beiträge von der beklagten Gemeinde zu fordern oder nicht. Allein das Amt hielt dafür, dieser stehe eine unvordenkliche Verjährung zur Seite, und von einer praescriptione rei merae facultatis könne hier die Rede nicht seyn, sondern es sey der bloße Besitz der Immunität zur Verjährung hinreichend, solchemnach die erhobene Klage ungegründet; es sey denn, daß die Kläger ein vitiosum initium der seit unvordenklichen Jahren statt gehabten Befreiung darzuthun und mithin zu zeigen vermögten, daß die Beklagten die Befreiung von der Concurrenz zu den angegebenen Kosten auf eine rechtmäßige Weise nicht erworben haben. Sonach wurde die Supplication als unerheblich verworfen.

Hiervon appellirte die klagende Gemeinde an die Hannöversche Justizcanzley, und beschwerte sich darüber 1) daß das Untergericht seinen Bescheid in peius selbst reformirt, und der Klägerinn den Beweis des initii vitiosi der vom Gegentheil vorgeschützten Freiheit auferlegt; 2) daß es der unterlassenen Einforderung des befragten Beitrags die Wirkung einer Befreiung des Gegentheils von der ihm obliegenden Verbindlichkeit beigelegt habe.

War die zweite Beschwerde gegründet; so schien die Erörterung der ersten überflüssig zu seyn. Denn kam den Beklagten der bisherige Besitz der

Frei-

Freiheit nicht zu statten, so stand ihnen allerdings die Vermuthung entgegen, und sie mußten den Grund der von ihnen vorgeschützten Befreiung erweisen.

Nach dem gemeinen Recht müssen zwar die Kosten, welche die Anstellung eines Predigers erfordert, wohin sowohl die Consistorial-Gebühren, als etwanige Reise- und Zehrungs-Kosten des Candidaten, so wie die gewöhnliche Bewirthung der Consistorial-Commissarien bey der Probepredigt und bey der Einführung, nicht weniger die Anzugskosten des neuen Predigers gehören, aus dem Vermögen der Kirche bestritten, und nur, wenn dieses nicht hinreicht, durch Beiträge der Kirchenglieder zusammengebracht werden a), zu welchen auch die Filialisten, und also noch vielmehr die Glieder vereinigter Mutterkirchen, verpflichtet sind b). Allein im Fürstenthum Calenberg müssen die Introductions- und Transportkosten der Prediger von den Gemeinden, nicht blos subsidiarisch, sondern ohne Unterschied, ob sie aus dem Kirchenvermögen erfolgen könnten oder nicht, bestritten werden, und wenn zwey Mutterkirchen mit einander verbunden sind, so hat jede Pfarrgemeinde die Kosten zur Hälfte zu tragen c).

Die

a) Carpzov jurisprud. eccl. L. 1. def. 53. 56 seq. J. Brunnemann jus eccl. L. 1. c. 5. §. 25. F. Hommel Pr. jur. eccl. Protest. c. 3. §. 38. Wiese Handbuch des Kirchenrechts, Th. 3. §. 440. S. 515.

b) Carpzov l. c. def. 57. J. F. Kees protestant. Kirchenrecht, §. 27. Wiese a. a. O. S. 516.

c) Schlegel Churhannöversches Kirchenrecht, Th. 2. 367 f.

Die Beklagten hatten also in sofern die Regel gegen sich, als sie durch ihre Aufnahme in die Grohndesche Capellen-Gemeinde Mitglieder einer mit der Hajenschen verbundenen Mutterkirche geworden waren. Wäre aber auch die Capelle zu Grohnde als eine bloße Filialkirche zu betrachten; so stünde ihnen ebenfalls der gemeinrechtliche Grundsatz entgegen, nach welchem Filialisten sich der Concurrenz zu den Transportkosten, wenn dieselben von den Kirchengliedern übernommen werden müssen, nicht entziehen können. Aber für die Ausnahme von der Regel lag der Beweis bereits in den Acten. Denn, wenn gleich von einer unvordenklichen Verjährung hier, wo das Verhältniß der beiden Gemeinden erst im Jahre 1730 seinen Anfang genommen hatte, so wenig die Rede seyn konnte, als überhaupt bey einer wirklich vorhandenen unvordenklichen Verjährung die Möglichkeit des Beweises eines initii vitiosi denkbar ist; so sprach doch für die Beklagten nicht nur lex unionis, sondern auch die bisherige Observanz.

Ausdrücklich hatten sie bedungen, daß sie bey ihren bisherigen Immunitäten bleiben und dabey geschützt seyn möchten, und die landesherrlichen Commissarien hatten ihnen erklärt, daß die Absicht gar nicht dahin gehe, neue onera zu machen. Nun hatte aber nicht behauptet, vielweniger erwiesen werden können, daß die Beklagten vor 1730 zu den Transportkosten der Prediger zu Ohsen oder zu Hajen beizutragen verpflichtet gewesen seyen; es wäre also unstreitig eine neue Last gewesen, wenn man nach 1730 sie dazu hätte anhalten wollen.

Dieß

Dieß ist aber auch bis zum Jahre 1803 nicht einmahl versucht worden, obgleich in diesem Zeitraume mehrere Veränderungen mit den Predigern eingetreten und selbst Fälle vorgekommen waren, wo die klagende Gemeinde durch nachdrückliche obrigkeitliche Befehle angehalten werden mußte, die Introductions- und Transportkosten bey der Ansetzung eines neuen Predigers unter sich aufzubringen, und wo dieselbe hauptsächlich aus dem Grunde sich widerspänstig bewiesen hatte, weil sie allein diese Kosten aufzubringen habe.

Die Beklagten hatten also einen seit 1730, folglich über 70 Jahre lang fortgesetzten Besitz für sich, welchem die rechtliche Wirkung einer eingetretenen Verjährung um so weniger abgesprochen werden konnte, als aus den Verhandlungen bey der Vereinigung beider Gemeinden zugleich justus titulus, und bona fides der Beklagten hervorging, worauf es übrigens bey dem langen Zeitverlauf nicht einmahl ankommen konnte.

Die solchemnach auf einem ausdrücklichen Vorbehalt beruhende und überdieß durch Verjährung bekräftigte Befreiung der beklagten Gemeinde von der streitigen Last konnte auch durch die Einwendung mit Erfolg nicht angefochten werden, daß es lediglich von der Willkühr der Kläger abgehangen habe, die Beklagten zu dem befragten Beitrage aufzufordern oder nicht. Die Befugniß, diesen Beitrag zu fordern, konnten die Kläger nur auf die erfolgte Vereinigung und die daraus entspringende gesetz- und verfassungsmäßige Verpflichtung der Beklagten gründen. Es war also hier keine res merae facultatis,

tatis, wo freilich keine Präscription Statt findet, sondern die Kläger befanden sich in dem Falle, ihr Recht, wenn sie durch Vereinigung beider Kirchen einiges erlangt gehabt hätten, durch den Nichtgebrauch nach dem Ablauf der gesetzlichen Verjährungsfrist zu verlieren. „Res merae facultatis, sagt Hommel d) sehr richtig, dicuntur, quando faciens libertatem naturalem pro se habet. Libertas naturalis autem est potestas faciendi quae velis, nisi si quid jure, aut conventione, aut privilegio prohibeatur. ..... Nota ergo omnia jura, quae alicui ex privilegio, praescriptione aut contractu competunt, non esse rebus merae facultatis comparanda, vt sine periculo omitti possint, sed potius non vtendo perire. ..... Quacunque enim jure vel pacto quaesita sunt, non vtendo amittuntur. L. 1. D. de nund. l. 100. D. de reg. jur. c. 6. X. de priv.“

Da nun in gedoppelter Hinsicht der Beweis der von den Beklagten behaupteten Freiheit sich aus den Acten ergab, so mußte noch einmahl in pejus reformirt und auf gänzliche Entbindung von der Klage erkannt werden.

d) Rhapsod. T. 1. obs. XXXIII.

VIII.

Ueber die Befugniß des Oberrichters, untergerichtliche Erkenntnisse in peius zu reformiren.

Unter reformatio in peius versteht man die Abänderung eines Urtheils zum Nachtheil dessen, der dagegen Rechtsmittel ergriffen hat. Der Ausdruck ist legal, nur nicht in dem Sinn, in welchem ihn die Praxis nimmt. „Appellandi usus, sagt Ulpian, quam sit frequens, quamque necessarius, nemo est qui nesciat: quippe cum iniquitatem judicantium, vel imperitiam corrigat: licet nonnunquam bene latas sententias in peius reformet: neque enim utique melius pronunciat, qui novissimus sententiam laturus est a). Diese reformatio in peius findet freilich in der menschlichen Schwachheit ihren Grund und ihre Entschuldigung. Aber davon ist hier nicht die Rede, wie es denn auch dazu keine Befugniß geben kann.

Gönner b), der überhaupt diesen Gegenstand am gründlichsten behandelt hat, sagt sehr richtig: „Blos

a) l. 1. pr. D. de app.

b) Handbuch des teutschen gemeinen Processes; Bd. 3. S. 162 f.

„Blos von reinen Grundsätzen ausgegangen, sollte man denken, daß ein Urtheil in Rücksicht dessen, welcher kein Rechtsmittel ergriffen hat, auch bey einem von seinem Gegner gebrauchten Rechtsmittel, in dem Sinne rechtskräftig werde, daß er durch ein ordentliches Rechtsmittel dasselbe nicht mehr anfechte, eine Abänderung desselben zu noch grösserem Nachtheil seines Gegners (reformatio in peius) nicht fordern kann. Denn er konnte sich ja eines Rechtsmittels bedienen, wenn er sich durch das Urtheil beschwert hielt, und er erklärte in der Unterlassung durch die That, daß er mit dem Urtheil zufrieden sey: er beschränkt sein Recht auf den Buchstaben des Urtheils, und streitet nur, um den Rechtsbestand dessen zu behaupten, was der Richter für Recht erkannt hat. Das Urtheil würde auch in Rechtskraft übergegangen seyn, wenn der Gegentheil ein Rechtsmittel dagegen nicht ergriffen hätte. Dieser wollte durch seine zu seiner Rechtsvertheidigung vorgenommene Handlung gewiß seinem Gegner kein Recht erwerben, seinen Zustand nicht verschlimmern, wie sollte nun dem Gegner ein Recht auf Abänderung des Urtheils zum Nachtheil dessen erworben werden, welcher das Rechtsmittel ergriffen hat? Würde also die Natur der Sache allein entscheiden, so könnte man nach ergriffenem Rechtsmittel keine Abänderung des Urtheils denken, welche den Zustand dessen, welcher das Rechtsmittel ergriffen hat, zum Vortheil seines Gegners noch schlimmer macht, als er nach dem vorigen Erkenntnisse war. Allein das positive Recht hat diese Grundsätze modificirt, es hat mit den Rechtsmitteln eine Gemeinschaft der daraus fließenden Vortheile verbunden, und

den

den Grundsatz von der Gleichheit der Rechte unter den streitenden Theilen auf eine Art in Anwendung gebracht, daß auch zum Vortheile dessen, wider welchen das Rechtsmittel ergreifen wurde, eine Abänderung des Urtheils unter besondern Voraussetzungen erfolgen kann."

Die Quelle dieser Gemeinschaft ist die l. 39. C. de appell., wo Justinian verordnet: „Ampliorem providentiam subjectis conferentes, quam forsitan ipsi vigilantes inveniunt, antiquam observationem emendamus: cum in appellationum auditoriis, is solus post sententiam iudicis emendationem meruerat, qui ad provocationis convolasset auxilium, altera parte, quae hoc non fecisset, sententiam sequi (qualiscunque fuisset) compellenda. Sancimus itaque, si appellator semel in judicium venerit, et causas appellationis suae proposuerit, habere licentiam et adversarium eius, si quid judicatis opponere maluerit, si praesto fuerit, hoc facere et judiciale mereri praesidium. Sin autem absens fuerit, nihilominus judicem per suum vigorem ejus partes adimplere."

Das Gesetz bestimmt also zwei Fälle, wo der Oberrichter auch dann, wenn nur Ein Theil Rechtsmittel eingewandt hat, zum Besten des andern das vorige Erkenntniß abzuändern berechtigt ist:

1) wenn der Appellat gegenwärtig ist, und aus rechtlichen Gründen darauf anträgt;

2) wenn der Appellat abwesend ist.

In

In beiden Fällen wird aber vorausgesetzt, daß der Appellant die Appellation wirklich eingeführt und seine Beschwerden gerechtfertiget habe c).

In dem ersten Falle tritt der Appellat der Appellation feierlich bei; er ergreift die durch das Gesetz ihm gegönnte Wohlthat der Gemeinschaft derselben, und nur dadurch kann der anwesende Appellat ein Recht erlangen, daß der Oberrichter auch dasjenige berücksichtige, was er dem vorigen Urtheile entgegensetzen zu können glaubt d). Alsdann aber ist er auch seinerseits als Appellant zu betrachten, indem er sich durch das untergerichtliche Erkenntniß für beschwert erklärt und um dessen Abänderung zu seinem Vortheil bittet. Dies ist die eigentliche Adhäsion, ohne welche dem anwesenden Appellaten die Gemeinschaft der Appellation nicht zu statten kömmt und durch welche nur allein der Oberrichter die Befugniß erhalten kann, auch für ihn, falls er seine Beschwerden gegründet findet, das vorige Urtheil zu reformiren e). Dies ist aber, genau genommen, keine reformatio in peius, weil hier eigentlich beide Theile Appellanten sind, und es scheint dem richtigen Begriffe derselben eigen zu seyn, daß der Richter lediglich von Amtswegen handele. Eine reformatio in peius nach der l. 39. C. de appell. kann folglich im strengern Sinne nur dann eintreten, wenn der Appellat nicht darum bittet, also abwesend ist, indem, nur für die-

c) Die näheren Bestimmungen s. Gönner a. a. O. S. 167 f.

d) Gönner a. a. O. S. 177, 178.

e) Daselbst S. 179.

diesen von Amtswegen zu sorgen, der Richter angewiesen ist.

Sehr richtig sagt daher Pufendorf f): „Videamus, quando sententia in peius reformari possit, et secundum l. ult. §. 1. C. de appell. et consult. hoc dicendum est, cum judex per suum vigorem appellati partes adimplere debet. Nam ita verba legis habent: Sin autem absens fuerit, nihilominus judex per suum vigorem ejus partes adimplere debet. Per suum vigorem nihil aliud est, quam ex officio. Quam ob rem dicendum viditur, sententiam in peius reformari posse, si judicis etiam non implorati officium id requirat.“ Der allgemeine Begriff, der hier von der reformatio in peius gegeben wird, kann aber weder aus der l. 39. C. de appell. abgeleitet, noch darf er auf den daselbst vorausgesetzten Fall der Abwesenheit des Appellaten beschränkt werden. Dieses Gesetz begründet die Gemeinschaft der Appellation, und stellt dem anwesenden Appellaten frei, sie für sich zu benutzen, empfiehlt aber den Abwesenden der amtlichen Vorsorge und Vertretung des Oberrichters. Findet dieser sich hierzu den Acten und Rechten nach bewogen, und ändert er dem gemäß das untergerichtliche Urtheil: so reformirt er ganz im eigentlichen Sinne in peius.

Wer ist aber nun der Abwesende, den das Gesetz so begünstigt, daß selbst der Richter seine Stelle vertreten soll? Das Gesetz sagt im allgemeinen: dem anwesenden Appellaten soll verstattet seyn, wenn er gegen das untergerichtliche Urtheil etwas einzuwen-

den

f) Obs. T. 2. obs. 119. §. 2.

den für gut finden sollte, solches zu thun, um dadurch den Beistand des Oberrichters zu erlangen. Wenn er aber abwesend sey, soll nichts destoweniger der Richter seine Stelle vertreten. Gönner g) versteht unter dem anwesenden Appellaten den, welcher selbst oder durch einen Anwald seine Rechte mittelst der Antwort auf den Antrag seines Gegners vertheidigt. Darnach ist also der Abwesende der, bey dem dies nicht der Fall ist. Er kann aber auf diese Art abwesend seyn, entweder ohne seine Schuld, oder absichtlich oder aus Nachlässigkeit. Ist er ohne seine Schuld abwesend, weil er entweder nicht vorgeladen ist, oder die Ladung nicht erhalten hat; so verdient er unstreitig die durch das Gesetz ihm bestimmte Wohlthat, und es ist Pflicht des Richters, genau zu erwägen, ob nicht das seiner Beurtheilung unterworfene Erkenntniß, nach den ihm vorliegenden Thatsachen, verglichen mit den darauf anzuwendenden Gesetzen, überhaupt oder in einem oder dem andern Punkte für den Appellaten viel mehr beschwerend sey, als für den Appellanten, und, wenn er eine Beschwerde findet, sie von Amts wegen abzustellen. Wer vorgeladen ist, aber aus erheblichen Ursachen nicht erscheinen kann, muß Frist suchen, und ist, wenn er dies nicht thut, so lang bis er sich rechtfertigt, und vielleicht Restitution erhält, dem gleich zu achten, welcher aus Absicht oder Nachlässigkeit die ergangene Ladung unbefolgt läßt. Welchen Zeitpunkt der mit voller Wirksamkeit eintretenden Gemeinschaft der Appellation man auch annehmen mag: soviel bleibt immer gewiß, daß nur der gehörig vorgeladene Appellat verpflichtet ist, im Gerichte

g) a. a. O. S. 178.

richte zu erscheinen, also anwesend seyn muß. Erscheint er nicht, so macht er eines Theils sich durch seinen Ungehorsam der durch das Gesetz ihm verwilligten Wohlthat unwürdig, andern Theils läßt sein Stillschweigen vermuthen, daß er der ihm freigestellten Adhäsion sich nicht bedienen will: es darf mit Recht als ein stillschweigender Verzicht angesehen werden. Hier also bleibt das richterliche Amt genau auf die Beschwerden des Appellanten beschränkt, wenigstens hat der Richter keinen Grund, die Stelle des Abwesenden, gegen den er die gesetzlichen Folgen des Ungehorsams eintreten lassen muß, gerade in einem Verhältnisse zu vertreten, das nur auf einer ausserordentlichen Begünstigung des Gesetzes beruhet.

Dahingegen giebt es allerdings Fälle, wo ausser der Verordnung der l. 39. C. de app., der Oberrichter berechtigt und verbunden ist, in peius zu reformiren. Darauf hat schon Gönner h) hingedeutet, indem er von der Erörterung der reformatio in peius, wie sie in dem eben genannten Gesetze gegründet ist, die Abänderung solcher Punkte, welche zum Wesentlichen des Verfahrens gehören, folglich den Folgen eines Verzichts nicht unterworfen sind, ausdrücklich ausgeschlossen hat. Claproth i) nimmt hierauf keine Rücksicht, sondern giebt blos die Anweisung, man müsse der Regel nach keine solche Abänderung des Urtheils machen, wel-

h) a. a. O. S. 166. 177.

i) Grundsätze von Verfertigung der Relationen. S. 221.

welche den Appellanten noch mehr, als das vorige Urtheil beschweret, es wäre denn, daß der Appellat entweder sich abwesend befände, oder, wenn er gegenwärtig ist, solches ausdrücklich aus rechtlichen Gründen gebeten hätte. Pufendorf aber, der sich zwar auf die l. 39. bezieht, stellt doch die allgemeinen Grundsätze auf, nach welchen der Oberrichter, unabhängig von diesem Gesetze, also auch ohne Unterschied, ob der Appellat abwesend ist oder nicht, ja selbst ohne Rücksicht auf dessen Ungehorsam, in peius reformiren kann und soll. „Judicis, sagt er, officium est, finem litibus imponere. Ideo enim judex constituitur, ut finem litibus imponat. Quam ob rem quidquid a priori judice perperam et sine ulla ratione admissum litis finem differt, id a judice appellationis ex officio tollendum, adeoque tum sententia in peius reformanda est.“ Als Beispiel führt er an 1) alle unnütze und überflüssige richterliche Auflagen und Bestimmungen, insonderheit überflüssige Beweise, Eide, Vorbehalte u. dgl. 2) Erkenntnisse gegen das öffentliche Wohl. Ausserdem, fügt er hinzu, muß sich der Richter, falls nicht eine offenbare Nichtigkeit hervorleuchtet, des Reformirens in peius enthalten. Es sind also nach ihm auch 3) offenbare Nichtigkeiten zu den Gegenständen einer solchen reformatoria zu rechnen.

So richtig im allgemeinen diese Ansicht ist: so scheint sie doch einer Zurückführung auf festere und bestimmtere Grundsätze noch zu bedürfen. Es ist freilich richtig, daß der Richter darum bestellt ist, damit er Streitigkeiten zu Ende bringe: aber, wie

er

er es thun soll, und wie weit er dabey gehen dürfe, schreibt ihm das Gesetz vor. Nur innerhalb der Schranken, die dieses ihm gesteckt hat, ist es ihm gestattet, für die Erreichung des Hauptzweckes, dessentwegen er bestellt ist, zu wirken. Ueberschreitet er jene Schranken: so maßt er sich einer Willkühr an, die das größte Verderben der Rechtspflege ist, indem sie die gefährlichste Ungewißheit und Unsicherheit des Rechts herbeiführt. Nun ist aber dem Oberrichter als Regel vorgeschrieben, nur über die Beschwerden zu erkennen, die wirklich in der gesetzmäßigen Ordnung an ihn gebracht werden, und eine ausdrückliche gesetzliche Ausnahme findet sich blos in der l. 39. C. de app. Der anwesende Appellat, der der Appellation nicht adhärirt, und der abwesende, der es ohne rechtlichen Grund ist, machen ja in den Punkten, die dem Appellanten vortheilhaft sind und worüber sie sich nicht beschweren, dem Streite selbst ein Ende, indem sie das Urtheil rechtskräftig werden lassen. Wenn daher der Richter dennoch von Amts wegen zur Abstellung ungerügter Beschwerden thätig seyn soll: so muß der Grund davon in etwas anderem liegen, als in seinem Berufe, die Rechtsstreitigkeiten zu einem möglichst schleunigen Ende zu bringen.

Da die Rechtskraft aus schwarz weiß machen, und daher unter den Parteien Recht werden kann, was ausserdem Unrecht ist: so folgt von selbst, daß der Oberrichter kein Justizfiscal seyn darf, sondern geschehen lassen muß, was, sey es aus Unwissenheit oder Nachlässigkeit, eine Partey sich gefallen lassen will.

Dieses Gefallen-lassen kann er aber (abstrahirt von einer ausdrücklichen Erklärung) daraus erkennen, daß diese Partey innerhalb der gesetzlichen Fristen sich nicht an ihn beschwerend wendet, und um die Abänderung des vorigen Urtheils nicht bittet. Allein die Gesetze selbst haben gewisse Urtheile von der Fähigkeit in Rechtskraft zu treten ausgenommen, dergestalt, daß das Recht, sie anzufechten, nur durch Verjährung verloren geht. Von solchen Urtheilen braucht der Oberrichter nur officielle Kenntniß durch eines oder des andern Theils Appellation zu erhalten, um zu deren Aufhebung und zu einer Anweisung an den Unterrichter, den Acten und Rechten gemäß zu erkennen, berechtigt zu seyn. Wenn aus den Acten hervorgehet, daß der Unterrichter sein Erkenntniß auf offenbar falsche Thatsachen gebauet hat k); wenn gegen deutliche gesetzliche Vorschriften erkannt, wenn das Gegentheil von dem, was das Gesetz bestimmt, als rechtlich angenommen ist l); wenn ein Rechnungsfehler vor Augen liegt m); wenn ein Präjudiz in Wirkung gesetzt werden will, das weder angedrohet noch bekannt gemacht ist n); wenn etwas, was entweder nicht geschehen kann oder nicht geschehen darf, auferlegt werden will o), in allen diesen und ähnlichen Fällen kann der Oberrichter die Fehlgriffe des Unterrichters von Amts wegen verbessern, also auch in peius reformiren.

End-

k) L. 1. pr. D. quae sentent. sine appell. rescindantur.
l) l. 1. §. 2. eod.
m) l. 1. §. 1. eod.
n) l. 1. §. 3. eod.
o) l. 2. eod.

Endlich lehrt die Natur der Sache, daß alsdann, wenn der Unterrichter einen offenbar falschen Weg einschlägt, ganz unpassende Mittel wählt, um zur Erkennung dessen zu gelangen, was unter den Parteien Recht seyn soll, der Oberrichter schuldig und verbunden ist, ihn von Amts wegen zurecht zu weisen, und hieher gehören die Fehler in der Verfahrungsart, insonderheit unrichtige Beweisvorschriften, unangemessene Eide, und alle überflüssige Auflagen, wovon Pufendorf einige Beispiele angeführt hat.

Die Befugniß des Oberrichters, in peius zu reformiren, ist also 1) demselben durch das Gesetz ausdrücklich verliehen zum Besten abwesender Appellaten, die ohne ihre Schuld ihr Interesse beim Obergerichte nicht wahrnehmen können.

Sie tritt 2) ein da, wo das Gesetz selbst die Appellation für überflüssig erklärt hat, und

3) wenn das Verfahren des Unterrichters von der Art ist, daß es zu einer rechtlichen Entscheidung nicht führen kann.

Diese kurzen Bemerkungen erschöpfen allerdings den Gegenstand nicht. Sie sind so, wie sie bey Gelegenheit eines Rechtsfalles entstanden, niedergeschrieben, und vielleicht findet sich künftig Veranlassung, sie weiter auszuführen, wo besonders auch darauf Rücksicht genommen werden wird, in wiefern das Richteramt durch einen aus dem Nichtgebrauch von Rechtsmitteln abgeleiteten Verzicht beschränkt wird.

IX.

Beispiel einer Absonderung des Politischen und Rechtlichen in Einquartierungs-Sachen.

Der Major von Bennigsen zu Bennigsen besitzt in Hannover eine sogenannte Bude, in Rücksicht deren ihn das Billetamt wegen eines Einquartierungs-Vorschusses von 108 Thlr. 30 Mgr. in Anspruch nahm. Der Mandatar desselben hielt solchen aus mehreren Gründen, welche aus dem unten folgenden Urtheile zu ersehen sind, für unstatthaft, oder wenigstens übertrieben, und wandte daher gegen die Zahlungsbefehle des Stadtmagistrats die Appellation ein. Dieser aber glaubte, die Sache als eine bloße Regiminal-Sache betrachten zu müssen, und erklärte sie daher für inappellabel; das Obergericht jedoch verwarf diese Einrede im allgemeinen, und trennte in nachstehendem Urtheile das Rechtliche vom Politischen, indem es den Appellanten mit seinen darauf sich beziehenden Einwendungen und Beschwerden an die Regiminal-Behörde verwies.

Ur-

Urtheil.

In Sachen des Oberamtmanns Wehner zu Wennigsen, Mandatario nomine des Königl. Preußischen Hauptmanns, jetzigen Majors von Bennigsen zu Bennigsen, Beklagten und Appellanten an einem, wider das Billet-Amt der Altstadt Hannover, Kläger und Appellaten am andern Theil, in puncto Einquartierung, wird von Uns zur Calenberg-Grubenhagenschen Justiz-Canzley verordneten Canzley-Director und Räthen damit zu Recht erkannt:

Alldieweilen, so viel
erstlich den appellantischerseits vorgeschützten, mit dem Billet-Amte, der Einquartierung wegen, eingegangenen Vergleich betrifft, aus dem deshalb von jenem beigebrachten Schreiben des Billet-Amts vom 28sten Sept. 1804, nicht zu entnehmen steht, daß dem Appellaten der eigentliche Belang der von der quästionirten Bude aufkommenden Revenüen, damals würklich bekannt gewesen, überdem auch gedachte Aufkünfte in sothanem Schreiben nur als einige Vergütung für die nicht getragene Natural-Einquartierung angesehen sind, solchemnach aber des Appellaten Absicht, durch mehrgedachtes Schreiben, den angetragenen Vergleich würklich zu vollziehen, überall nicht vermuthet werden mag, noch zur Zeit vielmehr nur so viel anzunehmen steht, daß der Appellat durch Annahme der offerirten Aufkünfte der von Bennigsenschen Bude, nur eine abschlägliche Bezahlung beabsichtiget haben könne; so ist des Appellanten Einrede eines eingegange-

nen

nen Vergleichs, wenn gleich sonst des Appellaten gegen die Competenz des hiesigen Billet-Amts zu der Abschließung eines solchen Vergleichs vorgebrachte obmota sich als ungegründet darstellen — noch zur Zeit als nicht erwiesen zu betrachten; könnte und wollte jedoch der Appellant, binnen einer ihm damit vorgesetzten einmonatlichen Peremtorial-Frist, des Appellaten Gegenbeweis, Eidesdelation und sonstige Rechtszuständigkeiten vorbehältlich, besser als bisher geschehen, erweisen:

welchergestalt er sich mit dem appellatischen Billet-Amte, wegen der während der ersten französischen Occupation, von der quästionirten von Bennigsenschen Bude zu tragen gewesenen Einquartierungs-Last ganz oder zum Theil verglichen,

so ergeht diesem vorgängig hierunter anderergestalt weiter, was sich zu Recht gebühret.

Betreffend hiernächst

zweitens die appellantischerseits der quästionirten Bude beigelegte, aber noch zur Zeit unerwiesene adel. Freiheit und darab hergeleitete Exemtion von der Einquartierung vom 5. Junius bis zur Zeit des erfolgten Ausschreibens des Landes-Deputations-Collegii vom 1. Julius 1803, so wird der Appellant mit diesem praetenso, und der in dessen Conformität verlangten Herabsetzung der von diesem Zeitpunkte berechneten Einquartierungs-Kosten, damit gänzlich zurückgewiesen, anerwogen auch bey völlig erwiesener Exemtion aus der ganzen Fassung des gedachten Ausschreibens nicht anders abzunehmen steht, als daß es die

Ab-

Absicht gewesen sey, die freien Grundstücke für die ganze Dauer der französischen Occupation zur Einquartierung herbeizuziehen; welchemnach es dem appellatischen Billet-Amte unverwehrt bleiben muß, auch vom 5ten Junius bis zum 1sten Julius 1803. die gehabten Auslagen dem Appellanten zu berechnen.

Soviel dahingegen

drittens die von dem Billet-Amte dem Appellanten abgeforderte Vergütung der für Ausquartierung der auf die befragte Bude repartirten Mannschaft gehabten Auslagen anlangt; so bedarf es zwar bei dem hierunter vorhandenen Zeugnisse einer öffentlichen in Amts- und Eidespflicht stehenden Behörde, und da der gemachte Ansatz von 6 Mgr. täglich für einen ausgemietheten Mann etwas Unbilliges überall nicht an sich hat, keiner weitern besondern Liquidation und genaueren Berechnung des gehabten Kostenvorschusses; dahingegen muß es dem Appellanten allemahl dennoch unbenommen bleiben, binnen vorhin gesetzter Peremtorialfrist, allenfalls reprobando erweislich zu machen:

welchergestalt von dem appellatischen Billet-Amte die Ausquartierung der Mannschaft für die Bennigsensche Bude entweder gar nicht, oder nicht in berechneter Maaße, besorgt worden;

worauf sodann auch dieses Punkts wegen weiteres rechtliches Erkenntniß erfolgen soll.

Gleichwie nun die obigen, zur gerichtlichen Ent-

Entscheidung ausgehobenen, lediglich nur auf jura quaesita beruhenden Gegenstände nicht nur nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen, zur gerichtlichen Cognition und Entscheidung geeigenschaftet sind, sondern auch hauptsächlich nach Vorschrift des über die Concurrenz der Justizcollegien zu dem Regiments- und Oeconomie-Wesen der Städte an die hiesige Justizcanzley erlassenen landesherrlichen Rescripts vom 28sten April 1707, und in weiterer Berücksichtigung der Königl. Rescripte de dato London, den $\frac{12}{23}$. Julii 1715., und sub dato Hamtoncourt den $\frac{5}{18}$. Sept. 1718 denen vorgedachten Gegenständen die Qualität würklicher Justizsachen nicht bezweifelt werden mag, auf gleiche Weise wird dahingegen der Appellant mit allen übrigen, dahier in Actis zur Sprache gekommenen und in dieser Sentenz unentschieden gebliebenen Anträgen und Beschwerden, namentlich in Ansehung der Festsetzung des Verhältnisses der freien zu den unfreien Grundstücken, des Erkenntnisses über die Erheblichkeit der dagegen etwa gemachten Einreden, ferner in Ansehung der Frage: ob das Billet-Amt, ohne vorgängige Ansagung, sofort zur Ausmiethung der Mannschaft schreiten dürfen? und wegen jeder etwa erlittenen Prägravation, von hier gänzlich ab- und an die allein deshalb competente Oberpolicey-Behörde damit verwiesen.

Immaaßen Wir also erkennen, schuldig vertheilen und abweisen, die bisher von beiden Theilen aufgewandten Kosten aber bis zu der Sache gänzlichem Austrag aussetzen.

Von Rechtswegen.

X.

X.

Gutachten über die Statthaftigkeit der rückwirkenden Kraft eines über die Erbfolge in Bauergüter zu erlassenden Gesetzes.

In der S... L... n Verordnung vom 1sten Nov. 1716, §. 5, ist

1) als Grundsatz festgesetzt, daß die Eltern nicht befugt seyn sollen, diesem oder jenem von den Kindern die Höfe zu überlassen, sondern daß es der Cammer freistehe, den tüchtigsten zu erwählen und den von den Eltern denominirten nachzusetzen.

Es ist aber dabey

2) hinzugefügt, daß dieß ohne genugsamen Grund und raison nicht geschehen, sondern solchen elterlichen dispositionibus von der Cammer nicht leicht derogirt werden soll.

Zweifelhaft ist hier zweierley:

1) ob das Gesetz, welches im ersten Satz den Eltern die Befugniß, einem oder dem andern ihrer Kinder die Höfe zu überlassen, ausdrücklich nimmt, solche denselben dennoch durch den zweiten Satz beigelegt habe?

2) Ob, wenn dieß nicht ist, dieser zweite Satz nur eine Anweisung, eine Instruction an die Cammer enthalte, welche den Eltern überall kein vollkommenes Recht geben würde; oder aber, ob diese da-

dadurch ein Recht erlangt haben, von der Cammer, allenfalls selbst im Wege Rechtens, zu fordern, daß ihren dispositionibus nicht leicht derogirt werde, und ob daher die Cammer sich einer gerichtlichen Cognition auch darüber unterwerfen müsse, ob derjenige, welchen sie gegen den Willen der Eltern zum Nachfolger in einen Hof erwählet, wirklich tüchtiger sey, als der, welchen die Eltern dazu denominirt haben?

Die Gerichte haben bisher gewöhnlich *) gegen die Cammer erkannt; es scheinen aber selbst die mehreren Processe, welche als Beispiele angeführt werden, zu zeigen, daß sie die von den Gerichten angenommenen Grundsätze keinesweges anerkannt hat. Diese scheinen vielmehr stets bestritten gewesen zu seyn, und man wird daher hier die Regel nicht anwenden können: rerum perpetuo similiter judicatarum autoritatem vim legis obtinere debere **); obgleich diese Regel gerade in Beziehung auf die Interpretation zweifelhafter Gesetze aufgestellt ist. ***) Es wird folglich hier der Grundsatz seine volle Anwendung finden, daß Präjudicien kein Gesetz machen.

Dieß vorausgesetzt; so darf man nur die oben von einander getrennten beiden Sätze des §. 5. der Verordnung vom 1. Nov. 1716 ansehen, um sich von der Dunkelheit und Zweifelhaftigkeit derselben zu überzeugen.

Ver-

*) Doch, wie mir nachher versichert ist, nicht immer und nicht gleichförmig.

**) l. 38. D. de leg.

***) l. 38. eod.

Vergleicht man nun damit den Entwurf der neuen Verordnung; so erhellet, daß

1) im §. 10. der Cammer überlassen wird, billige und angemessene Wünsche der Eltern bei der Wahl der Nachfolger in die Höfe, nach Beschaffenheit der Umstände, zu berücksichtigen, und

2) im §. 24. allen künftigen processualischen Weiterungen vorgebeugt wird.

Dadurch werden offenbar alle Zweifel völlig gehoben, und es ist daher wirklich, in dieser Beziehung, ein erklärendes, und nicht ein neues Gesetz vorhanden. Denn was wollte der ältere Gesetzgeber, wenn er bestimmt und deutlich erklärte, die Eltern sollten nicht befugt seyn, ihre Höfe diesem oder jenem von ihren Kindern zu überlassen, sondern es soll der Cammer freistehen, den tüchtigsten zu erwählen, und wenn er dennoch die Cammer anwies, den elterlichen Dispositionen nicht leicht zu derogiren? Konnte seine Absicht seyn, in einem Athem den Eltern indirect zu geben, was er ihnen direct deutlich und bestimmt genommen hatte? Konnte er die Cammer, folglich sich selbst als Gutsherrschaft, in ewige Processe und Rechtfertigungen verwickeln wollen? Konnte es seine Meinung seyn, am Ende den Gerichten, die ihrem eigentlichen Berufe nach nichts davon verstehen, das Urtheil zu überlassen, ob seine Cammer den Tüchtigsten erwählt habe oder nicht?

Mir scheint demnach durch die jetzt beabsichtigte Gesetzgebung der wahre Sinn des älteren Gesetzes und die eigentliche Absicht seines Urhebers vollkommen

men getroffen, und daher auch in derselben eine authentische Interpretation, im eigentlichen Sinne des Wortes, befindlich zu seyn.

Es wäre folglich, selbst ohne ausdrückliche Vorschrift des Gesetzgebers, Pflicht des Richters, diese Declaration auch auf bereits anhängige Rechtssachen anzuwenden, wie solches Leyser im Spec. 7. med. 6. ausführt, und überhaupt von allen Rechtsgelehrten anerkannt ist. Da nun überdieß der Gesetzgeber die rückwirkende Kraft der Verordnung selbst vorschreibt; so kann künftig für den Richter wegen deren Anwendung auf anhängige Sachen kein Zweifel übrig bleiben. *)

Allein von der Frage: ob ein bereits gegebenes neues Gesetz für die Unterthanen rückwirkende Kraft habe, ist die Frage ganz verschieden: ob einem zu gebenden neuen Gesetze von dem Gesetzgeber rückwirkende Kraft beizulegen sey?

Alles, was die Rechtsgelehrten von der rückwirkenden Kraft der Gesetze nach Anleitung des positiven Rechts lehren, bezieht sich blos auf jene erste Frage. Die andere kann nur aus dem allgemeinen Staatsrechte und der Politik beantwortet werden. Sie aber ist es eigentlich, die in dem gegenwärtigen Falle noch zur Sprache gebracht worden ist.

Neue Gesetze werden allerdings in der Regel nur für künftige Fälle gegeben; und Rechte, welche Unterthanen in Gemäsheit älterer Gesetze durch richterliche Erkenntnisse, Vergleiche, gütliche Anerkennung oder sonst auf irgend eine andre rechtliche Art

*) Eichmann Erklärungen des bürgerlichen Rechts, Th. 1; S. 61. N. 2.

Art einmal erlangt haben, kann kein neues Gesetz ihnen nehmen, wenn nicht die Wohlfahrt des Staats es schlechterdings erfordert, in welchem Falle ihnen jedoch billigmäßiger Ersatz zu leisten ist. In Rücksicht auf solche Fälle aber, die zwar vor dem neuen Gesetze sich ereignet haben, aber nach der bisherigen Gesetzgebung noch nicht erledi-get sind, insonderheit also in Rücksicht auf rechts-hängige Sachen, muß es allezeit von dem Ermes-sen des Gesetzgebers abhängen, ob er die Anwen-dung des neuen Gesetzes (welches hier nicht als er-klärend, sondern als wirklich ganz neu vorausgesetzt wird) auch auf solche Fälle vorschreiben will oder nicht. Es versteht sich, daß ihn hierbey nicht Will-kühr, sondern nur Recht und Billigkeit, nur die Erwägung des gemeinen Wohls, leiten darf. Hier-nach würde ein Gesetzgeber bey der Ueberlegung, ob einem neuen Gesetze rückwirkende Kraft zu verleihen sey, vorzüglich folgende Punkte in Betrachtung zu ziehen haben:

1) ob die bisherige Gesetzgebung unzweckmäßig, unbillig, unvollständig, unbestimmt, gemein-schädlich, den veränderten Umständen unange-messen sey oder nicht?

2) ob die Anwendung der bisherigen Gesetze rich-tig, ihrem wahren Sinn und Geiste gemäs, dem gemeinen Nutzen entsprechend gewesen oder nicht?

3) ob durch die rückwirkende Kraft des neuen Ge-setzes, wenn auch kein wohlerworbenes Recht verletzt, doch nicht wenigstens eine billige Er-wartung vereitelt, die Lage derer, die es tref-

fen kann, allzuschnell auf eine nachtheilige Weise verändert oder überhaupt das Ansehen der Gesetze selbst durch eine — wenn gleich nur scheinbare — Willkühr des Gesetzgebers gefährdet werden könnte?

Dieß alles fließt aus der Natur und dem Zwecke der gesetzgebenden Gewalt. Das Recht des Gesetzgebers, neue Gesetze auch auf vergangene oder anhängige Fälle zu erstrecken, spricht indessen auch unsere positive Gesetzgebung klar aus *), die freilich dem Gesetzgeber weder ein Recht geben noch nehmen kann, sondern nur eine Vorschrift für den Richter enthält, die jedoch die oben entwickelten Grundsätze, als raison écrite, wie die Franzosen das römische Recht jetzt nennen, gar sehr bestärket.

Was in der Novelle 113 und 115 dem zu widersprechen scheint, geht eines Theils nur auf die bey uns sogenannten Cabinetsordres **), andern Theils auf den Fall, wo ein neues Gesetz, ohne daß ihm rückwirkende Kraft beigelegt war, in der Appellations-

*) L. 7. C. de legibus: „Leges et constitutiones futuris certum est clare formam negotiis, non ad facta praeterita revocari: nisi nominatim de praeterito tempore et adhuc pendentibus negotiis cautum sit.“

**) Nov. 113 etc. „In medio litis non fieri sacras formas aut sacras iussiones, sed secundum antiquas leges generales lites decidi.“ Zur authentischen Interpretation ist jedoch der Weg ausdrücklich offen gelassen. „Si vero, heißt es im cap. 1., aliqua dubitatio iudici de aliqua fiat lege: nunciet ad nostram potestatem et a nobis expectet causae scriptam declarationem aut interpretationem, et secundum eam decidat litem.“

tionsinstanz noch in Anwendung gebracht werden wollte *), und ist überhaupt auch nur Anweisung für den Richter, nicht aber Beschränkung der gesetzgebenden Gewalt selöst.

Wäre nun die in Frage stehende Verordnung ganz als neues Gesetz zu betrachten; so würde es nur darauf ankommen, ob der Gesetzgeber hinreichende Gründe habe, ihr eine rückwirkende Kraft beyzulegen, und diese scheinen allerdings vorhanden zu seyn. Denn

1) ist die Verordnung von 1716 offenbar unbestimmt: die daraus abgeleitete Willkühr der Bauern in der Wahl ihrer Nachfolger als gemeinschädlich anerkannt, und daher der ganze §. 5., so wie er da liegt, unzweckmäßig gefaßt;

2) ist, wie es scheint, die bisherige Erklärung dieses Paragraphen eine Quelle von Processen, und überdieß der wahren Absicht des Gesetzgebers nicht gemäs gewesen; endlich

3) kann derjenige, dem das ältere Gesetz die Wahl eines Nachfolgers ganz deutlich und bestimmt abspricht, sich nicht beschweren, wenn ihm der Plan, im Wege Rechtens zu erkämpfen, was ihm doch eigentlich nicht gebührt, mißglückt, und der Gesetzgeber thut ohne Zweifel wohl, wenn er dem Kampfe der Praxis mit dem Geiste des Gesetzes sobald als möglich ein Ende macht.

Aber da überdieß die zu erlassende Verordnung in dem hier zu berücksichtigenden Puncte kein neues,

*) Nov. 115. cap. 1. Ut causae appellationum dirimantur ex iis legibus, quae tempore latae sententiae obtinebant.

neues, sondern nur ein erklärendes Gesetz ist; so scheinen alle Bedenklichkeiten gegen die Statthaftigkeit der zurückwirkenden Kraft desselben um so mehr gänzlich hinwegzufallen, als diese ihm schon nach dem gemeinen Recht von selbst zukömmt, und also eine Ausnahme hiervon gemacht werden müßte, welche durch keine Gründe, weder des Rechts noch der Billigkeit, empfohlen wird.

Anmerkungen zu vorstehendem Gutachten.

1. Nicht selten kämpft die doctrinelle Interpretation mit der autenthischen. Der Sinn eines Gesetzes kann wirklich zweifelhaft seyn: der Richter glaubt aber, daß, um den eigentlichen Sinn desselben herauszufinden, seine Hermenevtik hinreiche. Die Regel ist leicht zu geben: wenn des Gesetzes Worte so unbestimmt sind, daß nicht nur der Ausdruck, sondern auch der Sinn des Gesetzes überhaupt als zweifelhaft erscheint, und überall keine Umstände sich zeigen, aus denen auf den Willen des Gesetzgebers geschlossen werden kann; so hat die doctrinelle Interpretation nicht statt, sondern es muß bey dem Gesetzgeber die Ertheilung einer autenthischen Interpretation oder eines neuen Gesetzes nachgesucht werden a). Wie aber, wenn der Richter dennoch interpretiren will?

2. Die Partheyen, gegen deren Absichten der Richter ein Gesetz erklärt, können leicht auf den Einfall

a) S. z. E. Hofacker Principia iur. civ. R. G. T. I. §. 154.

Einfall kommen, auf eine autenthische Interpretation anzutragen. Soll ihnen dieß nach Belieben verstattet werden? In dem Project des Corp. iur. Fridericiani (Thl. I. B. I. Tit 2. §. 8.) heißt es: „wir wollen durchaus nicht gestatten, daß die Partheyen selbst bey uns auf eine Interpretation des Landrechts antragen sollen.“ In dem allgemeinen Preussischen Landrecht (Einleitung §. 51.) ist dem Richter die Verbindlichkeit auferlegt, wenn er den eigentlichen Sinn eines Gesetzes zweifelhaft findet, seine Zweifel der Gesetzcommission anzuzeigen und auf deren Beurtheilung anzutragen. Von einer Befugniß der Partheyen, sich selbst an den Gesetzgeber zu wenden, ist nichts gesagt.

3. Daß der bloße Antrag einer Parthey den Gesetzgeber nicht verpflichten kann, ein Gesetz, welches sich als dunkel darstellt, autenthisch zu interpretiren, versteht sich von selbst. Auch scheint es angemessen, daß eine Parthey zuförderst der ordentlichen Rechtsmittel sich bediene, also die Entscheidung der letzten Instanz abwarte, ehe sie sich an den Gesetzgeber wendet. Aber ihr den Weg zu diesem gänzlich zu versperren, und dem Richter die Beurtheilung der Nothwendigkeit einer autenthischen Interpretation allein zu überlassen, könnte leicht zu einer zweckwidrigen Begünstigung der richterlichen Willkühr führen. Sehr treffend schildert Pütter b) die Verlegenheiten, die hier eintreten

 können.

b) de iure et officio summorum imperii tribunalium circa interpretationem legum imperii c. I. §. 27. (Opusc. rem iud. imp. illustr. pag. 206.)

können. „Neque magis, sagt er, rem acu tangunt, qui modo tum, quando verus legis sensus ignoretur, vel dubius saltem sit, ad authenticam interpretationem confugi volunt. Nam cui quaeso de eadem hac quaestione, num de vero sensu constet, an dubius ille ist, arbitrium erit? Litigatoribus, aut si mavis, caussidicis? Tunc, spondeo, nulla non erit lex dubii sensus. An legislatori? Sic eo ipso in omnibus caussis saltem lacessetur ille ad arbitrium hoc ferendum; et quis sevadem dabit, nunquam fore, ut vel hocce arbitrium detrimento iustitiae in abusum ruat? An ipsi denique iudici? Tunc certe nulla facile lex indigebit manibus legislatoris adhibendis; iudici suus sensus nunquam non erit clarus.“

4. Dem Gesetzgeber steht indessen allerdings die Entscheidung zu, ob ein Gesetz autenthisch zu interpretiren sey oder nicht? Er kann dazu veranlaßt werden durch den Richter, der den Sinn eines Gesetzes zweifelhaft findet: durch eine Parthey, welche glaubt, das Gericht habe die Grenzen der doctrinellen Interpretation überschritten: durch eigene Beobachtung, wozu die höchste Oberaufsicht über die Verwaltung der Justiz Gelegenheit genug darbietet. Die zweite Veranlassung ist freilich nicht unverdächtig, weil dabey das eigene Interesse der Partheyen eine bedeutende Rolle spielt. Allein von der Veranlassung gilt kein Schluß auf den Erfolg, und der Gesetzgeber hat doch immer die Vermuthung für sich, daß er nicht partheyisch sey. Um

der

der wichtigen Folgen willen kömmt aber unstreitig Alles darauf an, daß eine autenthische Interpretation wirklich Interpretation sey und nicht neues Gesetz. Hier muß nicht der Name, sondern die Sache entscheiden.

5. Der Richter soll und darf nicht eher, als wenn ihn die Kunst der Hermenevtik ganz verläßt, auf autenthische Interpretation antragen. Er muß also alle Mittel, welche jene darbietet, vergeblich erschöpft haben, wenn er sich berechtigt halten will, seine Zuflucht zu dem Gesetzgeber zu nehmen, dessen Willen er weder aus den Worten des Gesetzes, noch aus äussern Umständen zu erkennen im Stande ist. Wenn nun die Dunkelheit bisweilen nicht in dem Gesetz, sondern in dem Kopfe des Richters anzutreffen ist; so muß es natürlicher Weise dem Gesetzgeber erlaubt seyn, auch die von dem Richter verlangte autenthische Interpretation zu verweigern.

6. Dahingegen berechtigt ihn die Bemerkung, daß die doctrinelle Interpretation einen Mißgriff gemacht, und den Willen des Gesetzgebers nicht richtig erklärt habe, auch unverlangt autenthisch zu interpretiren. Ueberhaupt kann im Allgemeinen für den Gesetzgeber nicht wohl ein sichereres Kennzeichen des Bedürfnisses einer autenthischen Interpretation angetroffen werden, als wenn über den Sinn und die Anwendbarkeit eines Gesetzes verschiedene, wandelbare und schwankende Meinungen in den Gerichtshöfen statt finden.

7. Ist aber wirklich der Fall einer autenthischen Interpretation vorhanden; so muß der Gesetzgeber

selbst

selbst entscheiden, und nie einem Gerichte die Entscheidung und Festsetzung eines bestimmten Princips überlassen. Strube c) hält zwar dafür, es sey zur Statthaftigkeit der autenthischen Interpretation zweierley erforderlich: 1. daß der Richter sich ausser Stand befinde, den wahren Sinn des Gesetzes zu erforschen, und 2. der Gesetzgeber davon besser unterrichtet sey, weil er entweder selbst das Gesetz gemacht habe d), oder aus demjenigen, was bey dessen Abfassung von den Vorfahren verhandelt worden, ihre eigentliche Absicht erkennen könne. „Fehlet es, sagt er, an beiden, alsdann irret derselbe (der Gesetzgeber) eben so leicht, wie die Richter. Der kaiserl. Reichs-Hofrath weigerte sich

c) Nebenstunden Abh. 13. §. 10.

d) Als Strube dieß niederschrieb, hat er gewiß nicht an die starke Lection gedacht, die Justinian den Zweiflern giebt, welche das Recht des Regenten, die Gesetze seiner Vorfahren autenthisch zu interpretiren, in Anspruch nahmen. „Cur, sagt er in der l. 12. C. de leg. ex suggestionibus procerum, si dubitatio in litibus oriatur, et sese non esse idoneos vel sufficientes ad decisionem litis illi existiment, ad nos decurratur? et quare omnes ambiguitates iudicum, quas ex legibus oriri evenit, aures accipiunt nostrae, si non a nobis interpretatio mere procedit? vel quis legum aenigmata solvere et omnibus aperire idoneus videbitur, nisi is cui soli legislatorem esse concessum est? Explosis itaque his ridiculosis ambiguitatibus, tam conditor quam interpres legum solus Imperator iuste existimabitur: nihil hac lege derogante veteris iuris conditoribus: quia et eis hoc majestas Imperialis permisit.“

sich Anno 1646 in den wegen der wirtembergischen Clöster-Restitution abgefaßten Gutachten den Reichs-Abschied auszulegen, weil er ihn nicht gemacht, noch dazu eingerathen habe. Diesem Exempel sollten die Landesherren und ihre Regierungen folgen, wenn in besondern Fällen die Frage von dem Sinne solcher, fürnehmlich älterer Gesetze entstehet, die auch sie nicht anders, als nach den Jedermann bekannten Regeln der Auslegung ausfindig machen können." Nimmt man jedoch den Fall an, daß der Richter sich auser Stand befinde, den wahren Sinn des Gesetzes zu erforschen (und von dieser Voraussetzung geht Struve offenbar aus); so wird immer der Gesetzgeber in seinem höheren Standpunct besser beurtheilen können, wie das Gesetz zu erklären sey, als der Richter. Er wird es nach seinem Zusammenhang mit der ganzen Gesetzgebung, nach seinem Einfluß auf die Privatverhältnisse, nach seiner Verbindung mit dem Staatszweck überhaupt leichter und richtiger beurtheilen können, als der Richter, und eben dadurch wird er, auch ohne selbst Urheber des Gesetzes zu seyn, oder die Acten der Berathschlagungen, die bey dessen Abfassung statt gefunden, eingesehen zu haben, fähiger, als dieser seyn, eine autenthische Interpretation zu ertheilen, die aber alsdann freilich nicht nöthig ist, wenn die doctrinelle noch ausreicht, und vorzüglich in besondern Fällen, wo diese anwendbar ist, schlechterdings unterbleiben muß, weil sie unter solchen Umständen nicht anders, als ein Eingriff in die Rechtspflege seyn würde. Sobald aber die autenthische Interpretation wirklich nothwendig ist: so kann sie ihrer Natur nach nur

von

von dem Gesetzgeber erfolgen, und in der Regel wird es immer am zweckmäßigsten seyn, daß sie in Gesetzes-Form ertheilt werde, damit sie auf die gehörige Art zu Jedermanns Wissenschaft gelange. Die Ausführung des von Strube bey dieser Gelegenheit gemachten Vorschlags, daß die Erkenntnisse der Gerichte in denjenigen Fällen, welche nur einigermaßen zweifelhaft sind, von der Landesobrigkeit bestätigt werden und also die Kraft eines Gesetzes erhalten sollten, dürfte zu der Gewißheit der Rechte schwerlich viel beitragen, und die Controversen eher vermehren, als vermindern, weil die Eigenthümlichkeiten einzelner Fälle häufig neue Zweifel herbeiführen würden. Warum wäre sonst der Gerichtsgebrauch und die große Masse gerichtlicher Präjudicien eine so unzuverlässige Entscheidungsquelle?

8. Eine beständige Gleichförmigkeit in richterlichen Erkenntnissen (rerum perpetuo similiter iudicatarum auctoritas) soll freilich Gesetzeskraft haben, und folglich die Stelle einer autenthischen Interpretation vertreten e): aber wo ist sie so leicht zu finden? Da indessen, wo sie wirklich nachgewiesen werden kann, findet weiter keine autenthische Interpretation statt, sondern der Regent, der hier eine Abänderung trifft, giebt ein neues Gesetz.

9. Die Regel ist: Neue Gesetze gelten nur für künftige Fälle; die autenthische Interpretation aber hat rückwirkende Kraft. Das Preussische all-

e) l. 37. 38. D. de leg.

allgemeine Landrecht f) drückt sie also aus: „Neue Gesetze können auf schon vorhin vorgefallenen Handlungen und Begebenheiten nicht angewendet werden. Die von Seiten des Gesetzgebers nöthig befundene und gehörig publicirte Erklärung eines ältern Gesetzes aber giebt in allen noch zu entscheidenden Rechtsfällen den Ausschlag.“ Der Code Napoléon g) sagt blos allgemein: „das Gesetz verfügt nur für die Zukunft; es hat keine rückwirkende Kraft.“ In dem ersten Entwurfe war hinzugefügt: „Aber ein erklärendes Gesetz hat Gesetzeskraft von dem Tatum des Gesetzes an, welches es erklärt, ohne jedoch Urtheilen letzter Instanz, Vergleichen, schiedsrichterlichen Aussprüchen und andern rechtskräftigen Erkenntnissen zu präjudiciren.“ Diese Stelle wurde aber aus Besorgniß, daß sie gemißbraucht werden möchte, unterdrückt, indem man annahm, daß der Satz selbst, als eine Folgerung aus dem zweiten Artikel, keiner ausdrücklichen Bestimmung bedürfe h).

10. Die rechtliche Wirkung der Regel: daß neue Gesetze keine rückwirkende Kraft haben, kann nicht deutlicher ausgedrückt werden, als solches in dem Patente wegen Publication des Preussischen allgemeinen Landrechts geschehen ist. „Ein Jeder, heißt es daselbst §. VIII, welcher sich zur Zeit der Publication dieses Gesetzbuches in einem nach bisherigen

f) Einleitung §. 18. 19. Vergl. §. 51. 52.

g) Einleitungs-Titel Art. 2.

h) Discuss. du code civil ad art. 2. Zachariae Handbuch des franz. Civilrechts. Band 1. Einl. §. VII. Not. 2.

herigen Gesetzen gültigen und zu Recht beständigen Besitze irgend einer Sache oder eines Rechts befindet, soll dabey gegen Jedermann geschützt und in dem Genusse oder in der Ausübung dieser seiner wohlerworbenen Gerechtsame unter irgend einem aus dem neuen Gesetzbuche entlehnten Vorwand nicht gestört oder beeinträchtigt werden."

11. Die rückwirkende Kraft eines Gesetzes besteht darinn, daß Rechtsverhältnisse, welche vor der Abfassung und Bekanntmachung desselben ihr Daseyn hatten, darnach beurtheilt werden, gleichgültig, ob darüber erst später Streit entstehet, oder ob zur Zeit, da das Gesetz gegeben wird, ein Streit anhängig, aber noch nicht rechtskräftig entschieden, oder sonst auf eine vollkommen verbindliche Weise erledigt ist. Die Gegenstände dieser Beurtheilung in bürgerlichen Rechtssachen sind theils die Rechtsbeständigkeit eines Geschäfts, einer Handlung ꝛc., theils die rechtlichen Folgen derselben, theils die Bedingungen, der Umfang, die Kraft und Wirkung eines durch das Gesetz begründeten oder geschützten Rechts u. s. w.

12. Einem neuen Gesetze kann nur durch ausdrückliche Erklärung des Gesetzgebers rückwirkende Kraft beigelegt werden, und dazu ist derselbe aus erheblichen Gründen allerdings befugt. Beispiele hiervon finden wir im römischen Rechte verschiedene i). Das Preussische Landrecht k) bestimmt zum Vortheile der Unterthanen, daß

frühere

i) S. z. E. l. 21. 22. C. de S. S. eccl. l. 3. C. de pactis pignor.

k) Einleitung §. 21.

frühere Handlungen, welche wegen eines Mangels der Förmlichkeit nach den alten Gesetzen ungültig seyn würden, gültig seyn sollen, insofern nur die nach den neuern Gesetzen erforderlichen Förmlichkeiten zur Zeit des darüber erstandenen Streits dabey angetroffen werden. Eine kräftige Rückwirkung, die sogar frühere Gebrechen hebt und gültig macht, was bis dahin ungültig war!

13. Zweifelhaft könnte es scheinen, ob nicht Handlungen oder Thatsachen, woraus rechtliche Verhältnisse entstehen, welche vor der Publication eines neuen Gesetzes vorgenommen sind oder sich ereignet haben, deren Wirksamkeit un rechtliche Folgen aber erst nachher eintreten, auch ohne ausdrückliche Erklärung des Gesetzgebers, nach dem neuen Gesetze zu beurtheilen sind? Unter gewissen Umständen kann hier allerdings scheinbar eine Rückwirkung statt finden; aber auch nur scheinbar. Man muß in diesem Falle nothwendig die Rechtsgültigkeit und ihre rechtlichen Folgen unterscheiden. In Ansehung der erstern ist es klar, daß sie, wenn der Gesetzgeber nicht ausdrücklich das Gegentheil erklärt hat, nur nach den früheren Gesetzen beurtheilt werden kann. So kann z. E. ein Gesetz, welches die äussere Form der Testamente bestimmt, auf die vor dessen Bekanntmachung errichteten Testamente nicht angewandt werden. Hat der Testirer die Vorschriften befolgt, die zu der Zeit galten, als er sein Testament machte; so muß es gelten, auch wenn es der nachher vorgeschriebenen Form nicht gemäs ist, und es ist überall keine rechtliche Nothwendigkeit vorhanden, ein einmal gültig errichtes

tes Testament nach der neu vorgeschriebenen Form abzuändern. Wäre es aber nach den ältern Gesezzen ungültig, und nach den neuern gültig; so könnte es doch, dem strengen Rechte nach, nicht bestehen. Was die Preussische Gesetzgebung in dieser Hinsicht verordnet hat (oben 12.), hat indessen unstreitig wichtige Gründe der Billigkeit für sich l).

14. Ist von den nach der Bekanntmachung eines neuen Gesetzes eingetretenen rechtlichen Folgen einer vorher geschehenen Handlung oder Thatsache die Rede; so kömmt es nicht auf den Zeitpunct eines darüber entstandenen Streits, sondern darauf an, daß sie wirklich erst nach der Publication des Gesetzes eingetreten sind. Wäre dieses vorher geschehen und nur nachher erst Streit darüber entstanden; so kann die ausschließende Anwendung der früheren Gesetze keinem Zweifel unterworfen seyn. In dem entgegengesetzten Falle aber ist zu unterscheiden, ob von dem Umfange und der Beschaffenheit der rechtlichen Folgen einer vor dem neuen Gesetze erfolgten Handlung oder Thatsache die Frage ist, oder aber von deren fortwährenden Wirkung. Ist jenes der Gegenstand der Beurtheilung; so hängt die Bestimmung entweder von Willensäusserungen derer, die es angeht, oder lediglich von der gesetzlichen Vorschrift ab. Im ersteren Falle können die Willensäusserungen der Urheber eines rechtlichen Geschäfts nur nach den Gesetzen beurtheilt und erklärt werden, welche zu der Zeit

l) Vergl. was in Ansehung der neuen französischen Gesetzgebung deshalb vorgekommen ist in Zachariae's Handbuch Band 2. S. 196.

Zeit galten, als das Geschäft vorgenommen wurde; in dem andern Falle aber ist das neue Gesetz anzuwenden, weil das Ereigniß, von welchem die Wirklichkeit der rechtlichen Folgen einer früheren Handlung oder Thatsache abhieng, erst nach dessen Bekanntmachung eingetreten ist.

15. Der Unterschied, den die Preussische Gesetzgebung bey der Einführung des allgemeinen Landrechts machte, um darnach das Verhältniß des alten zum neuen Rechte in Fällen der eben angegebenen Art festzusetzen, ist ganz willkührlich. Es soll nehmlich in dergleichen Fällen jederzeit darauf Rücksicht genommen werden, ob es noch in der Gewalt desjenigen, von dessen Rechten und Pflichten die Rede ist, gestanden und blos von seinem freien Entschlusse abgehangen habe, die rechtlichen Folgen der früheren Handlung oder Begebenheit durch Willenserklärungen oder sonst zu bestimmen, und auf andere Art, als in dem neuen Gesetzbuche geschehen ist, festzusetzen; oder ob eine solche abändernde Bestimmung in der Gewalt und einseitigen Entschließung desjenigen, den die Handlung oder Begebenheit angeht, nicht mehr gestanden habe. Im letztern Falle sollen die auch später eintretenden rechtlichen Folgen dennoch nur nach den ältern Gesetzen, welche zur Zeit der vorgefallenen Handlung oder Begebenheit gültig gewesen sind, beurtheilt werden. Im erstern Fall hingegen soll, wenn keine abändernde Bestimmung dessen, den es angeht, vorhanden wäre, nur die Vorschrift des neuen Gesetzbuches Anwendung finden. Diese Verordnung kann nur in der Voraussetzung ihren Grund haben,

daß

daß derjenige, von dessen freiem Entschlusse es abhieng, die rechtlichen Folgen einer frühern Handlung oder Begebenheit anders, als in dem neuen Gesetzbuche geschehen ist, zu bestimmen, der aber solches nach der Publication des neuen Gesetzbuches nicht gethan, sich gefallen lassen wolle, daß die rechtlichen Folgen jener früheren Handlung oder Begebenheit nach den in diesem enthaltenen Vorschriften beurtheilt werden. Allein sollte nicht alsdann, wenn diese Folgen aus seinen früheren Willenserklärungen abzuleiten sind, vielmehr anzunehmen seyn, daß von ihm, der dabey natürlicher Weise nur auf das ältere Recht Rücksicht genommen hat, auch die Befolgung dieses älteren Rechts beabsichtigt werde, wenn er gleich nach der Einführung des neuen keine abändernde Bestimmung für nöthig gefunden hat? Das Privatrecht soll ja nur da, wo Rechte und Verbindlichkeiten durch den Willen der Unterthanen bestimmt werden können, diesen, wenn er nicht vollständig ausgedrückt ist, ergänzen und erklären, von Handlungen und Amtsgeschäften die gewöhnlichen Folgen anzeigen, die dann eintreten, wenn die Interessenten sie nicht ausdrücklich anders bestimmt haben; und was ist daher natürlicher, als daß auf Willenserklärungen, die unter der Herrschaft des älteren Rechts erfolgt sind, auch nur dieses angewendet werde? Wenn daher z. E. ein früher errichtetes Testament erst nach der Bekanntmachung eines die letzten Willensverordnungen betreffenden Gesetzes durch den Tod seines Urhebers bekräftigt wird; so ist es nicht blos seiner Form nach, sondern auch in Ansehung seines Inhalts und der rechtlichen Folgen desselben lediglich nach

den

den älteren Gesetzen zu beurtheilen, und es findet auch hier keine Rückwirkung des neuen Gesetzes statt.

16. Anders verhält es sich aber, wenn nicht von den rechtlichen Folgen einer ausdrücklichen Willenserklärung, sondern nur von denen einer Handlung oder Thatsache die Frage ist, welche allein aus der gesetzlichen Bestimmung abzuleiten sind. Dieß ist insonderheit bey der Intestat-Erbfolge der Fall, indem, wenn man auch dabey auf den muthmaßlichen Willen des Erblassers Rücksicht nehmen will, nicht anders angenommen werden kann, als daß er mit den gesetzlichen Bestimmungen zufrieden gewesen sey, welche zur Zeit seines Ablebens galten, da es nur von ihm abhieng, sie durch rechtsgültige Willenserklärungen abzuändern. Allein, abgesehen hiervon, liegt es schon in der Natur der Sache, daß die gesetzliche Erbfolge nur nach den zur Zeit des Erbanfalls geltenden Gesetzen beurtheilt werden kann (14).

17. Die Fortdauer der rechtlichen Folgen einer vor der neuen Gesetzgebung vorgenommenen Handlung oder erfolgten Thatsache ist allein nach den damals gültigen ältern Gesetzen zu beurtheilen, und kann nur durch ausdrückliche Erklärung des Gesetzgebers abgeändert oder an neue, vorher nicht statt gefundene Bedingungen gebunden, oder gar aufgehoben werden.

18. Die rückwirkende Kraft der autenthischen Interpretation liegt in der Natur der Sache. Man hat aber den Grund derselben noch nicht in allen seinen verschiedenen Beziehungen entwickelt, sondern sich damit begnügt, zu sagen: Erklärende Gesetze gehen auch auf vergangene Fälle,

weil

weil sie nichts Neues verordnen, sondern nur, was schon verordnet ist, deutlicher ausdrücken. Man könnte aber dagegen mit Recht bemerken, daß das, was schon verordnet war, aber nicht verstanden, also auch nicht angewendet werden konnte, für das practische Leben erst dann wirklich werde, wenn es die für den Gebrauch nöthige Deutlichkeit erhalten habe. Der Grund der rückwirkenden Kraft der autenthischen Interpretation dürfte also wohl etwas tiefer zu suchen seyn, als es bisher meistentheils geschehen ist.

19. Die autenthische Interpretation kann nothwendig seyn:

a. wegen der Dunkelheit eines Gesetzes, wenn aus den Worten desselben kein klarer, bestimmter, entscheidender Satz abgeleitet werden kann. Hier ist die autenthische Interpretation absolut nöthig. (5.).

b. Wegen der Unvollständigkeit des Gesetzes, entweder wenn dasselbe dergestalt gefaßt ist, daß es nicht alle dahin gehörige Fälle unter sich begreift und dennoch seine Worte eine doctrinelle extensive Interpretation nicht zulassen, oder wenn die Herbeiziehung übergangener Fälle unter seine Disposition mehr rathsam, als nothwendig ist, oder endlich wenn über die Zulässigkeit einer extensiven doctrinellen Interpretation, oder aber über die Art derselben, selbst Zweifel entstehen. Die erstern beiden Fälle liegen natürlicher Weise ganz ausser dem Wirkungskreise der doctrinellen Interpretation: im dritten Fall können freilich Präjudicien einen — aber doch immer schwankenden — Gerichtsgebrauch bilden, und nur die autenthische Interpretation wird dem ungewissen Rechte Festigkeit geben können.

c. Wegen

c. Wegen der Zweifelhaftigkeit des Gesetzes: wenn aus den Worten desselben widersprechende Folgerungen gezogen und für diese gleich starke Gründe aufgestellt werden können, oder, kürzer, wenn es mehrere Auslegungen zuläßt und alle gleich wahrscheinlich sind. Hier weiset man freilich der benigna interpretatio ihre Function an: aber hat sie immer so zuverlässige Normen, daß sie nicht in sich selbst wieder mit neuen Zweifeln zu kämpfen hätte? Und ist nicht gerade sie die Quelle der wandelbaren Praxis, die allein durch die autenthische Interpretation fixirt werden kann? (5).

20. Ein dunkles Gesetz läßt gar keine, oder doch nur eine willkührliche, folglich unstatthafte Anwendung zu. Die Unvollständigkeit, die Zweifelhaftigkeit (Zweideutigkeit) eines Gesetzes macht wenigstens die Anwendung höchst unsicher. Kein gewisses Recht kann darauf gegründet werden. Die autenthische Erklärung solcher Gesetze schafft erst theils die Möglichkeit, theils die Zuverlässigkeit ihrer Anwendung. Und dennoch sollte es rückwärts wirken? Allerdings! Man kann die Gründe dieser Rückwirkung erwägen theils in Beziehung auf den Gesetzgeber, theils in Beziehung auf das Gesetz, welches erklärt wird, theils in Beziehung auf den Richter, der es anwenden soll, theils endlich in Ansehung derjenigen, auf deren Rechtsverhältnisse es anzuwenden ist.

21. Daß der Gesetzgeber durch das Gesetz, welches dunkel, oder unvollständig oder zweifelhaft befunden ist, seinen Willen in Rücksicht auf den Gegenstand desselben hat erklären wollen und

daß seine Absicht gewesen ist, dieser sein Wille soll von dem Zeitpuncte der Bekanntmachung des Gesetzes an gelten, leidet keinen Zweifel. Erhält nun das Gesetz durch die autenthische Interpretation die zu dessen Anwendbarkeit nöthige Deutlichkeit; so ist es natürlich, daß der also erläuterte Wille des Gesetzgebers von jenem Zeitpuncte an wirksam seyn, und mithin auf alle seitdem erfolgte Ereignisse oder vorgenommene Geschäfte, welche sich auf den Gegenstand des Gesetzes beziehen, und noch nach dem selben zu beurtheilen sind, sich erstrecken muß, indem anzunehmen ist, daß, so wie ein Gesetz erklärt ist, des Gesetzgebers Wille von Anfang an gewesen sey. Der Gesetzgeber, der autenthisch interpretirt, giebt also eben dadurch zu erkennen, daß er die rückwirkende Kraft des erklärten Gesetzes will.

22. Das erklärte Gesetz ist mit der Erklärung eins und dasselbe. „Wenn ein Gesetz gegeben ist, sagt der ungenannte Verfasser einer schätzbaren Abhandlung über die autenthische Interpretation staats- und völkerrechtlicher Namen m), so muß man immer annehmen, daß der Gesetzgeber einen deutlich gedachten Sinn damit verbunden habe. . . . . Es existirt daher wirklich in jedem Gesetze eine rechtliche Wahrheit, und es ist nicht ganz richtig, wenn man behauptet, ein dunkles Gesetz sey soviel als keines. Die Rechtsbestimmung liegt in ihm, wenn gleich nicht Allen erkennbar; es kommt nur darauf an, daß sie zur klaren Anschauung gebracht wird. Die autenthische Interpretation

m) in der Zeitschrift: Germanien B. 2. Heft. 2. Nro. VIII. §. 40. 41. S. 206. f.

pretation ist es, welche die Erkenntniß des wirklichen Rechts giebt, so wie die richterliche und doctrinelle Auslegung das förmliche Recht hervorbringt. In dem Augenblick, wo die autenthische Erklärung sich ausspricht, fällt sie mit der erklärten Rechtsnorm selbst zusammen, und, indem sich die Erklärung mit dem Erklärten im juristischen Sinne vereinigt, hört jene, so zu sagen, in Hinsicht der Zeit und des Raums auf, von diesem verschieden zu seyn. Hieraus fließt die Folge, daß das autenthisch interpretirte nicht wie ein neues Gesetz anzusehen ist. Es ist nun ein unbestrittener Grundsatz, daß neue Gesetze keine zurückwirkende Kraft haben. Wenn also mit der autenthischen Interpretation die Wirkungen einer neuen Gesetzgebung nicht verbunden sind; so muß jene auch auf bereits geschehene und noch nicht entschiedene Fälle wirken, welche daher nach dem erläuterten Gesetze beurtheilt werden müssen."

23. Dem Richter muß bey der doctrinellen Auslegung der Gesetze der muthmaßliche Wille, die wahrscheinliche Absicht des Gesetzgebers stets zur Richtschnur dienen. Die autenthische Interpretation giebt ihm darüber völlige Gewißheit. Soll er also das interpretirte Gesetz auch auf Handlungen oder Begebenheiten anwenden, welche sich vor der autenthischen Interpretation ereignet haben; so kann er doch dem also erklärten Willen des Gesetzgebers seine eigene Absicht nicht vorziehen. Selbst ein ganz neues Gesetz, welches zur Aufklärung eines älteren dunkeln oder zweifelhaften Gesetzes dienen kann, muß für die richterliche Auslegung

 des

des letzteren das erste Hülfsmittel seyn, insofern daraus die auch bey diesem zum Grunde liegende Intention des Gesetzgebers zu erkennen ist. So ist bey der Einführung des Preussischen allgemeinen Landrechts sehr zweckmäßig verordnet worden, daß, wenn nach der Bekanntmachung desselben aus einer ältern Handlung oder Begebenheit Processe entstehen, und die damals vorhandenen auf den vorliegenden Fall anzuwendenden Gesetze dunkel und zweifelhaft seyen, also daß bisher über den Sinn und die Anwendung derselben verschiedene Meynungen in den Gerichtshöfen statt gefunden haben, derjenigen Meynung, welche mit den Vorschriften des Gesetzbuches übereinstimme oder denselben am nächsten komme, der Vorzug gegeben werden soll.

24. Was endlich die Parteyen betrifft; so leuchtet es von selbst in die Augen, daß ihnen ein dunkles, unvollständiges, zweifelhaftes Gesetz kein gewisses Recht geben konnte. Sie können nicht verlangen, daß dem Gesetze der Sinn beigelegt werde, den sie vielleicht darinn zu finden glauben, und daß, bis zu dem Zeitpuncte der autenthischen Interpretation, ihre Rechtsverhältnisse nach ihrer Erklärung des Gesetzes beurtheilt werden. Ihnen geschieht daher nicht Unrecht, wenn ihre früheren, aber nach der autenthischen Interpretation zur richterlichen Entscheidung kommenden Rechtsverhältnisse nach dem nunmehr deutlich erklärten Willen des Gesetzgebers beurtheilt werden.

25. Daß Fälle, welche vor der autenthischen Interpretation rechtskräftig entschieden oder sonst

auf

auf eine gültige Weise erledigt worden sind, auch wenn dieses nicht übereinstimmend mit jener geschehen wäre, keinesweges der rückwirkenden Kraft derselben unterworfen sind, ist bereits bemerkt worden: desgleichen, daß da, wo eine beständige Gleichförmigkeit richterlicher Erkenntnisse die Stelle der autenthischen Interpretation wirklich vertreten kann, eine davon abweichende förmliche autenthische Interpretation als neues Gesetz zu betrachten ist, das nur für künftige Fälle gelten kann. Ausserdem aber gelten dieselben Grundsätze, wenn ein erklärendes Gesetz ganz neue Zusätze enthält, jedoch nur in Ansehung dieser, und nicht in Ansehung der eigentlichen Erklärung.

26. Unvereinbar mit dem Begriffe der autenthischen Interpretation ist aber die Behauptung, daß dieselbe dem Sinn der Gesetze nicht zuwider laufen müsse, wenn von vergangenen Fällen die Frage sey. Sehr richtig hat dagegen der schon oben angeführte Ungenannte n) bemerkt: „Wenn das Gesetz dunkel oder zweifelhaft ist, wie soll es seinem Sinne gemäs erklärt werden? Wer beurtheilt, ob die Auslegung dem Sinne gemäs ist oder nicht? Der, welcher die richterliche oder vollziehende Gewalt auszuüben hat? Der findet es ja dunkel oder zweifelhaft. Der Gesetzgeber? Der wird wohl jederzeit glauben oder wenigstens behaupten, daß seine Interpretation dem Sinne des Gesetzes nicht widerstrebe. Sonst würde er wohl seinen Ausspruch keine Erklärung, sondern selbst ein neues Gesetz nennen.“

27.

n) Germanien a. a. O. S. 208.

27. Aber freylich auf den Namen allein kömmt es doch nicht immer an. So wenig es nothwendig ist, daß bey einer wahren autenthischen Interpretation der Gesetzgeber sich solcher Worte bedient habe, die auch auf das Vergangene gezogen werden können o), wenn nur der Inhalt darauf anwendbar ist: so einleuchtend ist es auf der andern Seite, daß, wenn der Gesetzgeber ein älteres Gesetz aufhöbe und über den Gegenstand desselben eine davon ganz abweichende Verordnung gäbe, oder wenn er in einem solchen Gesetze wesentliche Veränderungen vornähme, dieses aber eine autenthische Interpretation nennen wollte, daraus kein Schluß auf die rückwirkende Kraft des seinem Wesen nach neuen Gesetzes zu machen wäre. Eben so wenig kann alsdann die Rückwirkung einer sogenannten autenthischen Interpretation eintreten, wenn durch dieselbe ein Satz aufgestellt wird, der mit dem erklärten Gesetze, in jeder möglichen Bedeutung desselben, in geradem Widerspruch stehen würde, und dieß ist es ohne Zweifel, was Strube mit der eben gerügten, nur zu allgemein und zu unbestimmt ausgedrückten Behauptung gemeint hat. So würde z. E. die autenthische Interpretation, auf welche sich das vorstehende Gutachten beziehet, eine solche nicht, sondern vielmehr eine neue Gesetzgebung gewesen seyn, wenn den Eltern schlechterdings alle Theilnahme, aller Einfluß bey der Bestimmung ihrer Nachfolger in ihre Bauerngüter entzogen

o) Dieß verlangt z. E. Eichmann in den Erklärungen des bürgerl. Rechts. Thl. 1. S. 61. offenbar ohne Grund.

entzogen worden wäre. Denn man mochte das zu interpretirende Gesetz verstehen, wie man wollte, die Absicht des Gesetzgebers war immer klar, daß den Eltern in diesem Falle einige Einwirkung auf die Erbfolge in ihre Bauerngüter verstattet seyn soll.

28. Ist endlich das zu beurtheilende Rechtsverhältniß von der Art, daß es von den Interessenten auch abweichend von dem Gesetze bestimmt werden konnte, und erhellet aus ihren Handlungen klar, daß sie dem später autenthisch interpretirten Gesetze eine andere Deutung, als die durch die autenthische Interpretation angenommene ist, gegeben, und mithin gewollt haben, daß darnach ihre Rechte und Pflichten beurtheilt werden sollen; so muß der Richter sich diese ihre Bestimmung zur Richtschnur dienen lassen, weil in allen solchen Fällen, zuförderst auf das, was die Partheyen unter sich verhandelt haben, zu sehen ist, und die rückwirkende Kraft der autenthischen Interpretation tritt hier nicht ein, wo es den Interessenten frey stand, auch nach der Erscheinung des erklärenden Gesetzes gegen die Disposition desselben ihre Willenserklärung einzurichten.

XI.

Beitrag zum Recht der Kirchenstühle.

§. 1.

Die Rechtsgelehrten sind nicht einig darüber, zu welcher Art von Kirchengütern die Kirchenstühle (Kirchenstände, Kirchstellen) zu rechnen seyen. Als wirkliche Kirchengüter aber werden sie von Allen betrachtet. Das gemeine Recht verordnet darüber nichts. Ihrer Natur und Bestimmung nach sind Kirchenstühle nichts anders, als Anlagen, welche zur Bequemlichkeit derer, die die Kirche besuchen, dienen. Das Eigenthumsrecht an denselben, ihr Gebrauch und die Art und Ordnung desselben, hängt von besondern Umständen und Bestimmungen ab. Man kann darüber nur sagen, was gewöhnlich ist, aber eine allgemeine gesetzliche Regel nicht aufstellen.

§. 2.

Die Kirchenstühle gehören, ihrer Bestimmung nach, natürlicher Weise zur Kirche, d. h. sie machen einen Theil der Einrichtung der Kirche und des Kirchengebäudes aus. Die Art, wie sie gewöhn-

wöhnlicher Weise mit diesem verbunden sind, berechtiget allerdings, sie als Theile desselben zu betrachten, und in sofern auch sie zu den unbeweglichen Sachen zu rechnen a). In diesem Falle werden sie passender Kirchenstände genannt. Es giebt aber Kirchen, die dergleichen, das Gebäude meistentheils verunstaltenden Vorrichtungen entweder gar nicht oder nur in sehr beschränktem Maaße haben, und wo Bänke und Stühle transportabel sind, die dann allerdings zu dem Kirchen-Inventarium, nicht aber zu den unbeweglichen Sachen gehören.

§. 3.

Die Kirchenstände werden gewöhnlich auf Kosten der Kirche angelegt; bisweilen wird aber auch einem oder dem andern Eingepfarrten ein Platz zur Errichtung eines Kirchenstandes eingeräumt. Die auf Kosten der Kirche angelegten Kirchenstände sind natürlicher Weise ihr Eigenthum, und sie überläßt dieselben entweder dem gemeinen Gebrauch, oder aber einzelnen Eingepfarrten theils durch unentgeldliche Anweisung, theils durch Verleihung, die entweder Verkauf oder Vermiethung ist b).

§. 4.

Diesemnach sind die Kirchenstände entweder öffentliche oder Privat-Kirchenstände, und jene entweder allgemeine, welche Jedem, der

a) Wiese Handbuch des Kirchenrechts III. 548.

b) Schnaubert Kirchenrecht der Protestanten in Deutschland §. 292. Boehmer ius paroch. Sect. 5. cap. 2. §. 3. — 8.

die Kirche besucht, insonderheit aber den Eingepfarrten, offen stehen, oder besonders angewiesene, wohin hauptsächlich diejenigen gehören, welche mit gewissen öffentlichen Aemtern verknüpft sind (Amtsstühle). Die Privat-Kirchenstände sind entweder persönlich oder erblich.

§. 5.

Die persönlichen Kirchenstände sind einem Gemeindegliede auf Lebenslang oder so lange es Gemeindeglied bleibt, zum Gebrauch eingeräumt, und fallen, wenn dieser durch den Tod oder die Auflösung der Verbindung mit der Gemeinde beendiget wird, der Kirche zur freien Verfügung anheim. Diese Kirchenstände werden entweder für eine bestimmte jährliche Abgabe vermiethet, oder aber dem Besitzer gegen ein gewisses Lösegeld überlassen. Ein den nächsten Verwandten nach der Nähe des Grades angeblich zustehendes Vorlösungsrecht c) ist nicht gemeinrechtlich, sondern nur in besondern Landesordnungen oder Observanzen gegründet d.)

§. 6.

Erbliche Kirchenstände sind entweder unbedingt-erblich (Erbstühle im engern Sinne), oder bedingt-erblich, indem sie entweder dem ersten Erwerber

c) Wiese a. a. O. S. 549. Titius ius priv. lib. 9. cap. 6. §. 10.

d) S. z. E. Cod. August. Thl. 1. S. 867. Kees Handbuch des protestantischen Kirchenrechts, nach den neuesten, besonders churſächsischen Gesetzen S. 552.

werber nur für sich und seine Familie verliehen, (Familienstühle) oder aber mit einem Gute oder Hause verbunden sind, im Allgemeinen dingliche, in letzterer Hinsicht Häuserstühle genannt. In die Classe der Erbstühle gehören auch diejenigen, wozu die Kirche nur den Platz eingeräumt hat, und sind, die in ihrer eigenthümlichen Bestimmung liegenden Beschränkungen abgerechnet, lediglich nach den Grundsätzen des Privateigenthums zu beurtheilen, sofern nicht bey der Ueberlassung des Platzes besondere Verabredungen getroffen sind e.)

§. 7.

Die Erbstühle im engern Sinne können gleich andern weltlichen Dingen verkauft, verschenkt und vererbfället werden f). Abweichend hiervon verordnet das Preußische Landrecht g): „Wo nach besondern Verfassungen Kirchstellen gewissen Personen oder Familien erblich verliehen sind, da können die Eigenthümer dieselbe an Andre vermiethen und zum Gebrauche einräumen, auch sie auf ihre Nachkommen vererben. Dagegen können sie das Eigenthum weder unter Lebendigen noch von Todes wegen an Andre übertragen. Wenn der Eigenthümer einer solchen Stelle ohne Nachkommen stirbt oder die Parochie

e) Kees a. a. O. S. 257.

f) Titius l. c. und dessen Probe des geistl. Rechts B. 2. Hauptst. 3. §. 20. Wiese a. a. O. S. 548. v. Bülow und Hagemann Practische Erörterungen III. 111.

g) Thl. 2. Tit. 11. §. 681. 682. 683.

rochie verläßt; so fällt die Stelle an die Kirche zurück." Es scheint aber hierbey eine Verwechselung der Erbstühle mit den Familienstühlen zum Grunde zu liegen.

§. 8.

Familienstühle können auser der Familie nicht veräussert werden, weil sie nach deren Erlöschung an die Kirche zurückfallen h), und da sie in der Regel nach der Nähe des Grades vererbet werden; so können allenfalls nur Eltern, mit Uebergehung ihrer Kinder, zum Vortheil anderer Familienglieder darüber verfügen i). Dingliche Kirchenstände gehen mit den Häusern oder Gütern, zu welchen sie gehören, auf jeden Besitzer über k).

§. 9.

Im Zweifel wird vermuthet, daß die Kirchenstände nur persönlich sind, indem sie der Regel nach zu dem Kircheneigenthum gehören, mithin derjenige, welcher eine Ausnahme hiervon behauptet, einen besondern Rechtsgrund erweisen muß l). Sind sie

h) Titius l. c. §. 11. Dess. Probe des geistl. Rechts a. a. O. §. 21. Boehmerius paroch. l. c. §. 7.

i) Titius l. c. dess. Probe des geistl. Rechts a. a. O. §. 24.

k) Wiese a. a. O. S. 548. Titius l. c. §. 10. Kees a. a. O. S. 259. Vergl. Preuß. allgem. Landrecht a. a. O. §. 685.

l) Wiese a. a. O. S. 549. Kees a. a. O. S. 251. G. L. Böhmer Rechtsfälle B. 3. Abth. 2. S. 600.

sie nicht gegen einen jährlichen Zinns förmlich vermiethet; so ist anzunehmen, daß sie für eine gleich Anfangs zur Kirchencasse entrichtete Summe dem Besitzer zum Gebrauche überlassen sind, welches man das Lösen des Kirchenstuhls nennt m). Diese Abgabe heißt daher Lösegeld, in einigen Gegenden auch Weinkauf, und darf mit einem eigentlichen Miethzinse nicht verwechselt werden, wie denn in Ansehung förmlich vermietheter Kirchenstände ohnehin kein Zweifel obwalten kann.

§. 10.

Eine andere Frage ist aber die: ob auch alsdann, wenn in der Person des Besitzers eines erblichen Kirchenstandes eine Veränderung vorgehet, Lösegeld oder Weinkauf an die Kirche entrichtet werden muß? Einige Rechtsgelehrte behaupten, daß auch bey der Verleihung erblicher Kirchenstände jederzeit, wenn nicht ein Anderes ausdrücklich verabredet sey, die stillschweigende Bedingung einer Wiedereinlösung durch die Erben gegen ein mäßiges Lösegeld angenommen werden müssen), und Schlegel o) hält es für eine in der Natur der Sache gegründete Regel, daß bey jedesmaliger Veränderung des Besitzers eines Kirchenstandes das Obereigenthum der

m) Wiese a. a. O.

n) Wernher Pr. iur. eccl. protest. c. 10. §. 13. Horn ad Schilteri Inst. iur. can. lib. 2. tit. 7. §. 6. Schorch Consil. Erford. Sent. 362. Nro. 22.

o) Churhannöverisches Kirchenrecht IV. 139.

der Kirche durch Erlegung eines Weinkaufs anzuerkennen sey. Dagegen behauptet Wiese p), freilich unter Beziehung auf Gewährsmänner, die nicht durchgehends mit ihm einverstanden sind, daß das Lösen bey den erblichen Kirchenständen wegfalle, so ferne nicht bey denselben in Erbfällen ein geringes Lösegeld ausdrücklich vorbehalten oder observanzmäßig sey. Kees scheint eben dieser Meinung zu seyn, da er nur bey den persönlichen Kirchenstühlen des Lösegeldes gedenkt.

§. 11.

Wider die Vermuthung einer von den Erwerbern eines Kirchenstandes für ihre Nachfolger stillschweigend übernommenen Last spricht die Rechtslehre von Erklärung der Verträge zu deutlich, als daß man davon, sey es auch zum Vortheil der Kirche, abweichen dürfte. Was nicht bedungen ist, braucht auch nicht geleistet zu werden, es sey denn, daß Gesetz oder Observanz es, auch ohne ausdrückliches Versprechen, zur Pflicht mache. Das gemeine Recht kennt aber einen solchen allgemeinen Verpflichtungsgrund der neuen Besitzer erblicher Kirchenstände zur Entrichtung eines Lösegelds oder Weinkaufs nicht. Man darf vielmehr mit Recht voraussetzen, daß bey der erblichen Erwerbung eines Kirchenstandes der Kirche auf einmal grössere Vortheile bewilliget worden seyen, als das meistens sehr mäßige Lösegeld gewähren kann, weil sie sonst die Verwandlung eines in der Regel persönlichen Standes in einen erblichen, oder die Anlegung eines solchen, nicht bewilligt haben würde. Ist daher für Verän-

p) a. a. O. S. 549.

Veränderungsfälle das Lösegeld nicht auch noch ausdrücklich bedungen; so ist bey Kirchenständen, welche ohne neue Verleihung der Kirche auf Erben oder dritte Besitzer übergehen, die Verpflichtung zu demselben keinesweges zu vermuthen, wenn gleich, der Ordnung wegen, die Kirchenstände auf die Namen der neuen Besitzer vielleicht umgeschrieben werden müssen, welches mit dem sogenannten Zuschreiben, d. h. der neuen Verleihung eines der Kirche heimgefallenen persönlichen Standes, nicht verwechselt werden darf. Eben so wenig darf daraus, daß da, wo den nächsten Verwandten an einem erledigten persönlichen Kirchenstande das Verlösungsrecht zusteht, diese das gewöhnliche Lösegeld erlegen müssen q), gefolgert werden, die Nachfolger in einen erblichen Kirchenstand seyen einer gleichen Verbindlichkeit unterworfen. Es mag immerhin gewöhnlich und auch rathsam seyn, daß bey der Verleihung erblicher Kirchenstände eine jährliche Abgabe oder bey Veränderungsfällen ein Weinkauf bedungen wird, wie besonders ersteres in Ansehung der dinglichen Kirchenstände (§. 6.) von Böhmer bezeugt wird r): aber es kömmt doch Alles auf den deshalb geschlossenen Vertrag an, und bloße Vermuthungen finden hier nicht statt. Auch Böhmer bemerkt in dieser Hinsicht sehr richtig: „subsellia, quae aedibus adscripta sunt, nunquam videntur

q) Kees a. a. O. S. 252.

r) ius paroch. l. c. §. 4. Vergl. Schorch l. c. Nro. 15. wo es unter Beziehung auf Böhmer heißt: Wenn Kirechnstände auf Häuser oder Güter geschrieben werden; so ist der Kirche gemeiniglich ein gewisser jährlicher Zinns dafür zu entrichten.

dentur redire ad ecclesiam et illud inde ius ecclesiae parochiali adhuc competit, quod reditum annuum a possessore ecclesiae capiat, quanquam hic magis respiciendum sit ad pacta, cum ecclesia inita“ s).

§. 12.

Wichtigere Gründe hat der gelehrte und scharfsinnige Verfasser des churhannöverschen Kirchenrechts für seine Meinung (§. 10.) aufgestellt: „Die Kirchenstühle, sagt er, gehören zu den liegenden Gründen der Kirche, und sind zu demjenigen Theile des Kirchenvermögens zu rechnen, welcher gleich dem Kirchengebäude, dessen Anbehörung sie sind, zur Abwartung des Gottesdienstes als wesentlich erforderlich bestimmt ist. Uebrigens dienen sie zum Gebrauch der einzelnen Kirchspiels-Mitglieder, denen sie zu jenem Zweck eingeräumt werden. In letzterer Hinsicht können sie nicht, gleich dem Kirchengebäude, gänzlich ausser Handel und Wandel seyn; in ersterer Rücksicht aber kann Keinem ein volles Eigenthumsrecht und die freie Disposition darüber, ohne Zuthun oder Mitwirkung der Kirche, zustehen t). — An den Kirchenstühlen, als unstreitigen Anbehörungen der Kirche, ist (also) Keinem ein uneingeschränktes Eigenthum einzuräumen, vielmehr kann denjenigen, denen sie überlassen werden, je nachdem Landesgesetze und Herkommen es mit sich bringen, entweder nur ein Nießbrauchsrecht (ius ususfructus) oder auch

s) Boehmer l. c. §. 7. in f.

t) Schlegel a. a. O. IV. 123.

auch ein bloßes Gebrauchsrecht (ius usus) daran zugestanden werden u) .... Dieß Nießbrauchs- oder Gebrauchsrecht kann entweder persönlich seyn, oder von dem Besitze eines Grundstückes, als eines Hauses, Hofes oder Gutes abhängen. Das persönliche Gebrauchsrecht ist der Natur der Sache nach nie erblich und übertragbar, wohl aber kann das Nießbrauchsrecht erblich und übertragbar seyn, je nachdem es nach Absterben des Besitzers den Nächsten aus der Familie zufällt oder auch sonst durch Verkauf und Testamente veräussert und Andern übertragen werden kann. . . . Will man es im letztern Falle als ein Kirchenlehen betrachten, wovon dem Besitzer ein erbliches oder veräusserliches nutzbares Eigenthum zusteht, und der Kirche das Obereigenthum verbleibt; so dürfte nichts dabey zu erinnern seyn, wenn man dabey nur die genauern Bestimmungen und Vorschriften der Landesgesetze nicht auffer Acht läßt v). . . . . Aus dem Grundsatze nun, daß bey der nutznießlichen Erbverleihung eines Kirchenstandes dem Besitzer nur ein eingeschränktes Eigenthum eingeräumt worden, folgt schon von selbst, daß bey jedesmaliger Veränderung des Besitzers das Obereigenthum der Kirche durch Erlegung eines Weinkaufs anzuerkennen sey w).

§. 13.

Es dürfte jedoch der Grundsatz sowohl, als die daraus gezogene Folge sehr erheblichen Zweifeln

u) Das. S. 129.

v) Daselbst S. 130. 131.

w) Daselbst S. 139.

feln unterworfen seyn. Daß Kirchenstände in der Regel zum Kircheneigenthum gehören, wird nicht geläugnet (§. 2. 9.). Wie aber die Kirche, unter Beobachtung der gesetzlichen Förmlichkeiten, ihr Eigenthum überhaupt veräussern kann: so hat auch dieses in Ansehung der Kirchenstände unstreitig statt x). Die Natur eines Kirchenstandes bringt es aber allerdings mit sich, daß derselbe nicht anders, als zum Gebrauch in der Kirche, d. h. zur Bequemlichkeit beym Besuche des Gottesdienstes verkauft, und auch von dem Verkäufer nur zu diesem Zweck an Andere wieder überlassen werde; und will man in dieser Hinsicht behaupten, bloß der Gebrauch des Kirchenstandes werde, auch bey der erblichen Verleihung, überlassen; so kann man daraus doch noch nicht auf das Verhältniß eines Kirchenlehens, eines getheilten Eigenthums und alle damit verbundenen Rechte und Pflichten schließen. Ausserdem versteht es sich von selbst, daß durch einen solchen Verkauf die Aufsicht der Kirchenobrigkeit über den ordnungsmäßigen Gebrauch der Kirchenstühle (man denke z. E. nur an die Absonderung der Stühle für beide Geschlechter) und ihre Erhaltung in brauchbaren Stand ꝛc. keinesweges ausgeschlossen wird. Aber auch daraus folgt kein Obereigenthumsrecht der Kirche, welches die Verbindlichkeit zur Entrichtung eines Weinkaufs bey Veränderungsfällen von selbst nach sich zöge. Ist daher die erbliche Verleihung eines Kirchstandes erwiesen und ist dabey ein solcher Weinkauf für künftige

x) Denjenigen, die hierüber noch eines ausführlichen Beweises bedürfen, ist der §. 7. in Böhmer's ius paroch. Sect. 5. cap. 2. zum Nachlesen zu empfehlen.

tige Fälle nicht bedungen; so kann derselbe von dem neuen Besitzer nicht gefordert werden, es sey denn, daß Gesetz oder Herkommen ihm die Verbindlichkeit dazu besonders auferlege. Denn, wenn ein Kirchenstand dergestalt erblich erworben ist, daß er entweder überhaupt an Andere übertragen, oder auf die Nachkommen vererbt werden, oder mit einem Grundstücke, als Zubehörde, auf Dritte übergehen kann; so ist kein rechtlicher Grund vorhanden, mit der Veränderung des Besitzers eine Last zu verbinden, die nicht entweder ausdrücklich übernommen oder für Veränderungsfälle aller Art gesetzlich bestimmt ist. Denn, was etwa wegen der Lösung persönlicher Kirchenstände durch die Gesetze verordnet oder observanzmäßig hergebracht ist, leidet auf erbliche Kirchenstände keine Anwendung; aber nur zu leicht kann man verleitet werden, von diesen auf jene zu schließen.

§. 14.

Die Meinung, daß die Kirchenstühle, als Zubehörungen der Kirche, nicht veräussert werden können, welche von Böhmer so gründlich widerlegt ist, hat ohne Zweifel die Idee herbeigeführt, nur der Gebrauch derselben sey Gegenstand auch der erblichen Verleihung, und gewissermaßen ist diese Ansicht nicht zu tadeln (§. 13). Aber man folgere daraus nur nicht gleich, daß hier überall eine nutznießliche Erbverleihung nach Art einer Emphyteusis zum Grunde liege. Gesetzt auch es sey erwiesen, die Kirche habe einem Gemeindegliede ausdrücklich nur das erbliche Gebrauchsrecht an einem Kirchenstande eingeräumt, sich aber das Eigenthum vor-

 behal-

behalten, es kann jedoch nicht erwiesen werden, daß sie sich zugleich für künftige Veränderungsfälle ein Laudemium bedungen habe; so hat doch der Besizzer die rechtliche Vermuthung der Freiheit von einer nicht förmlich übernommenen Last für sich, welche stärker ist, als die entfernte Vermuthung der Laudemialpflicht, die man allenfalls aus der Aehnlichkeit einer nutznießlichen Erbverleihung der Kirchenstände mit der Ertheilung des nutzbaren Eigenthums an Grundstücken, insonderheit an Bauerngütern, ableiten möchte. Es wird also, bey dem Mangel einer ausdrücklichen Vertragsbedingung, immer auf die besondern Landesgesetze oder die Observanz ankommen.

§. 15.

Diese Grundsätze sind von der Hannöverschen Justizcanzley bey dem folgenden Rechtsfalle in Anwendung gebracht worden. Zu dem adelichen Gute zu L. im Fürstenthum Gottingen gehören mehrere Kirchenstände, deren Beweinkaufung von dem neuen Besitzer des Gutes gefordert wurde. Da dieser aber sich dazu nicht verpflichtet hielt und die Entrichtung des Weinkaufs schlechterdings verweigerte; so wurde er von dem Anwald der Kirche gerichtlich in Anspruch genommen, welcher die Rechtmäßigkeit desselben theils aus dem gemeinen Rechte, theils aus besonderen in den Fürstenthümern Calenberg und Göttingen bestehenden Territoria-Gesetzen, theils endlich aus der Observanz darzuthun suchte, wogegen der Beklagte sich insonderheit auf das ehemals von seiner Familie besessene Patronatrecht und auf die durch Verjährung

rung erworbene Immunität bezog. Welchen Einfluß das gemeine Recht hier haben konnte, ergiebt die vorstehende Erörterung. Für die behauptete Observanz, es sey im Fürstenthum Göttingen überhaupt oder bey der Kirche zu L. und in Beziehung auf die in Frage stehenden Kirchenstände insbesondere, hatte der Kläger keine Beweise beygebracht. Was aber die Territorial-Gesetzgebung betrifft; so hatte er sich auf ein Consistorial-Ausschreiben vom 23. Sept. 169× und auf die General-Monita über die Kirchenrechnungen von 1727 berufen.

§. 16.

Jenes Consistorial-Ausschreiben y) hat indessen keine Gesetzeskraft, und ist blos eine Instruction, welche die Ausführung dessen bezielt, was bereits rechtlich besteht, und überall kein neues Rechtsverhältniß einzuführen weder bestimmt noch fähig ist. Aber als ein Zeugniß des bestehenden Rechts ist es allerdings von großem Gewicht. Nur erhellet daraus nicht deutlich, daß von allen Kirchenstühlen ohne Unterschied der Weinkauf entrichtet werden muß. Es sey, heißt es in diesem Ausschreiben, mit Mißfallen vernommen worden, daß zum großen Nachtheil der Kirchgelder an vielen Orten von den wenigsten, nach Absterben der Ihrigen, die den Kirchen heimgefallene Kirchenstände weder von neuem gekauft, noch gar von den Erben wieder beweinkauft werden. Die Super-

y) S. Schlegel Churhannöverisches Kirchenrecht Thl. IV. Anhang Nro. 18

Superintendenten sollen daher den Predigern in ihrer Inspection anbefehlen, daß sie nicht allein in ihren Kirchen eine genaue Untersuchung anstellen, welche unter den Eingepfarrten ihre Kirchstände gekauft haben, sondern auch von den Rückständigen den Weinkauf einfordern und in ein besonderes Buch, worinn die Kirchstände, wie sie auf einander folgen, und wie theuer selbige gekauft oder auch beweinkauft, verzeichnet werden, einzeichnen lassen, auch denen, welche einen von den Ihrigen ererbten Manns- oder Frauen-Stand besitzen, andeuten, daß sie nach Absterben der Ihrigen den Weinkauf erlegen, widrigenfalls gewärtig seyn sollen, daß der der Kirche heimgefallene Stand an Andere verkauft oder vermiethet werden soll, es wäre denn, daß sie warum sie solches zu thun nicht befugt, und daß es von undenklichen Jahren anders hergebracht, mit gutem Grunde darthun könnten. Man sieht, daß hier hauptsächlich von persönlichen Kirchenständen, welche beym Ableben der Besitzer der Kirche heimfallen, die Rede ist, und daß kaufen und beweinkaufen deutlich unterschieden werden, woraus man nicht ohne Grund schliessen kann, daß das Consistorium die Erhebung des Weinkaufs von gekauften Kirchenständen keinesweges gewollt habe, sondern nur von den persönlichen, und wenn gleich gesagt wird, auch die, welche von den Ihrigen ererbte Kirchenstände besitzen, sollen den Weinkauf erlegen: so werden doch eben diese Kirchenstände gleich darauf „der Kirche heimgefallene“ genannt, was auf eigentlich erbliche schlechterdings nicht paßt, und folglich, wenn man das Consistorium nicht mit

sich

sich selbst in Widerspruch setzen will, von solchen persönlichen Ständen zu verstehen ist, in Ansehung deren die Erben der vorigen Besitzer den Besitz stillschweigend fortgesetzt hatten und vielleicht ein Vorlösungsrecht (§. 5.) auszuüben gemeint waren.

§. 17.

Die General-Monita (§. 15.) sind, wenn sie gleich in dem **Corpus constitutionum** eine Stelle erhalten haben, doch gleichfalls keine Gesetze, sondern Vorschriften und Anweisungen für die geistlichen Officianten und Rechnungsführer zur guten Verwaltung der Kirchengüter und zweckmäßigen Einrichtung der darüber zu führenden Rechnungen z). Ueberdieß enthalten sie auch keine allgemeine Vorschrift, daß von allen Kirchenständen der Weinkauf entrichtet werden müsse. Das hieher gehörige 114te Monitum enthält blos die Anweisung: „Die Kirchenstühle müssen auf Erben und Erbnehmer, ohne speciellen Consens des Consistorii, nicht verkauft werden, vielweniger gebührt sich, den Weinkauf vors künftige gänzlich oder zum Theil nachzulassen.“ Hieraus folgt aber nicht, daß auch von verkauften oder erblichen Kirchenständen der Weinkauf gefordert werden könne, und die Verordnung, denselben weder ganz noch zum Theil nachzulassen, kann natürlicher Weise nur von den Fällen verstanden werden, wo die Verbindlichkeit zu dessen Entrichtung anerkannt ist.

§. 18.

z) Schlegel Churhannöverisches Kirchenrecht IV. 225. 226.

§. 18.

Es wurde daher erkannt, wie folgt:

Wenn gleich die Kirchenstühle an sich ohnstreitig in dem **dominio** der Kirche sich befinden, so auch eine nutznießliche Erbverleihung derselben **in dubio** die Verbindlichkeit zu der Prästation einer Recognition des Obereigenthums bey der Veränderung des Besitzers derselben, wohl vermuthen lassen dürfte;

alldieweilen jedoch, so lange es **ratione** der hier in Rede stehenden 15 Kirchenstände, wovon der Weinkauf gefordert worden, nicht constirt, in welcher Maaße und unter welchen Verhältnissen selbige dem Beklagten oder vielmehr dessen Vorfahren bey dem adelichen Gute zu L. übertragen worden, die Verbindlichkeit zu der Entrichtung des geforderten Weinkaufes aus dem Verhältnisse, worinn die Kirchenstühle zu der Kirche stehen, sich nicht schlechterdings folgern läßt, hiernächst auch es für die Fürstenthümer Calenberg und Göttingen an einem besonderen Territorialgesetze gänzlich ermangelt, wodurch der Eingepfarreten Verpflichtung zu der Entrichtung des Weinkaufs von den Kirchenstühlen im Allgemeinen festgesetzt worden, die von dem Kläger angezogenen, in dem Consistorialausschreiben vom 23sten Septbr. 1698, und in denen 1727. ergangenen General-Monitis enthaltene Vorschriften aber so wenig an sich als allgemein verbindende Landes-Gesetze anzusehen sind, als wenig selbige auch ihrem Inhalte nach des Beklagten Verpflichtung darlegen, eine allgemeine Observanz auch endlich noch zur Zeit von dem Kläger in der erforlichen Maaße nicht gezeigt ist, so daß demnach des

Klägers

Klägers klagbar gemachte Intention als hinlänglich begründet nicht angesehen werden kann; als wird der Beklagte von der wider ihn erhobenen Klage damit absolvirt und losgesprochen. Könnte und wollte jedoch Kläger innerhalb vierwöchiger, ihm damit vorgesetzter Präjudicialfrist, annoch besser als geschehen erweisen,

welchergestalt nach irgend einem bey der Sache zum Grunde liegenden Rechtsverhältnisse der Beklagte von denen bey dem Gute L. inne habenden 15 Kirchenstühlen in der dortigen Kirche verbunden sey, den geforderten Weinkauf zu entrichten,

so erginge, jedoch mit Vorbehalt des Beklagten Gegenbeweises, Eidesdelation und anderer Rechtszuständigkeiten, welche derselbe sodann auf die bereits angezogene Verjährung der Immunität sowol als auf die noch beibehaltenen Vorrechte der vormals bey der Familie von S. angeblich gewesenen Patronat-Rechte mit gerichtet seyn lassen kann, anderergestalt allenthalben weiter, was sich zu Recht gebühret.

XII.

Recruten sind keine Soldaten.

Die Beantwortung der Frage: ob und wann Jemand für einen Soldaten zu halten sey? ist in rechtlicher Hinsicht nicht selten von bedeutenden Folgen. Man denke nur an die verschiedenen Vorzüge, welche die Gesetze den Soldaten beilegen, und besonders an die Zweifel, welche öfters der privilegirte Gerichtsstand der Militärpersonen veranlaßt. Das römische Recht entscheidet bestimmt, daß nur der als Soldat zu betrachten ist, welcher förmlich enrolirt ist. „Ex eo tempore, sagt Ulpian*), quis iure militari incipit posse testari, ex quo in numeros relatus est, ante non. Proinde, qui nondum in numeris sunt, licet etiam lecti tirones sint et publicis expensis iter faciunt, nondum milites sunt: debent enim in numeros referri.“ Also: Recruten sind keine Soldaten. Und dieß ist auch teutschen Rechtens.

Auf eine mit dem General-Kriegsgericht von der Hannöverschen Justizcanzley über die Frage: ob ein Inquisit als Soldat anzusehen sey? zuge-

legte

*) l. 42. D. de testam. militis.

legte Communication erwiederte jenes: „Da nach den in der Natur der Sache liegenden und durchgehends etablirten Militärrechts-Grundsätzen nicht die Anwerbung — als welche lediglich nur den Dienstcontract enthält — auch nicht die Beeidigung des Recruten — die nur als die demselben obliegende Erfüllung jenes Contracts angesehen werden kann — sondern vielmehr die bey dem Regimente geschehene Gutthuung des Recruten und die Eintragung dessen Namens in die Rolle des Regiments den Soldaten ausmacht, indem der zwischen dem Werber und dem Recruten geschlossene Dienstcontract immer nur unter der stillschweigenden Voraussetzung der nothwendigen Bestätigung desselben von dem Regiments-Obersten eingegangen ist, die Beeidigung aber, die gewöhnlich erst nach dieser Bestätigung zu geschehen pflegt, dann, wenn sie, wie es bey Recrutenaushebungen üblich ist, vorher geschieht, die Natur der Sache nicht ändern, noch dem Rechte des Obersten, den Recruten nach Befund der Sache anzunehmen oder nicht, nichts nehmen kann; so werden Ew. ꝛc. mit mir der Meinung seyn, daß der K., deßwegen, weil er von dem Amte Z. als Trainknecht ausgehoben und beeidigt worden, da er nach dem eingegangenen Bericht des Obristlieut. B. als solcher nicht enrolirt ist, als dem foro militari unterworfen und als ein Deserteur nicht angesehen werden könne ꝛc.

XIII.

XIII.

Von der Besömmerung der Brachfelder zum Nachtheil der Weideberechtigten.

Obgleich im Zweifel kein Brachacker vermuthet wird, und Niemand, ohne Gesetz, Vertrag oder rechtliches Herkommen, schuldig ist, zum Vortheil der Weideberechtigten Brachfelder zu halten a); so dürfen doch da, wo die Wechselfeldwirthschaft statt hat und die Brach- oder Dreischfelder eine Zeit lang dem Viehe zur Weide dienen, diese Felder weder unzeitig umgeackert und bestellt, noch mit Sommerfrüchten, Wicken, Futterkräutern, Kartoffeln, Gartengewächsen ꝛc. zum Nachtheil der Weideberechtigten besetzt werden, wenn es nicht besonders eingeführt und erlaubt ist b).

Dieß gilt jedoch nur von einer allgemeinen und die Hut und Weide gänzlich hindernden Besömmerung der Brachfelder, indem eine mäßige, die Ausübung der Weideberechtigung nicht ausschliessende Be-

a) Hagemann Landwirthschaftsrecht §. 295.

b) Daselbst §. 126.

Besömmerung, auch nach gemeinrechtlichen Grundsätzen, den Eigenthümern verstattet wird c). Die Grenze zwischen den Anmaßungen dieser und den Forderungen der Weideberechtigten soll das Ermessen sachkundiger Landwirthe ziehen d). Dieß wird aber immer der schwierigste Punct und die Veranlassung zu vielfachen und weitläuftigen Processen seyn. Am zweckmäßigsten ist es daher, wenn die Grenze der beiderseitigen Berechtigung positiv bestimmt wird.

Nach dem preussischen allgemeinen Landrechte e) darf der Eigenthümer des belasteten Grundstückes seine Brache, zur Schmälerung der Hütung, nicht anders, als landüblich, benutzen. Jedoch ist jeder Interessent, welcher in der zur Hütung bestimmten Feldmark Aecker besitzt, berechtigt, einen Theil derselben zum Anbau der Futterkräuter oder Gartengewächse einzuhegen. Er muß aber die Einhegung auf eigene Kosten besorgen, und den einzuhegenden Fleck so wählen, daß dadurch die Trift auf die übrigen Hütungsgründe nicht gehindert oder erschwert werde. Dagegen steht ihm auch frey, den eingehegten Fleck wiederum zur Hütung aufzugeben und dagegen einen andern schicklichen Fleck einzuhegen. Wie groß der Antheil, den jeder Interessent aus der gemeinen

nen

c) Hommel Rhapsod. T. 1. obs. 44. Vergl. Kind Quaest. for. T. 2. p. 327. sq.

d) Hommel l. c. N. 4.

e) Th. 1. Tit. 22. §. 116. 119 — 124.

nen Hütung solchergestalt ausziehen mag, zu bestimmen sey, ist den Festsetzungen der Provincial-Gesetze, und so lange diese noch nichts darüber verordnet haben, den Gutachten vereideter Sachverständigen vorbehalten, welche dabey hauptsächlich darauf Rücksicht nehmen sollen, daß, wenn jeder der Interessenten sich eben dieses Rechts verhältnißmäßig bedienen wollte, dennoch eine in gewöhnlichen Jahren zur Hütung nach wirthschaftlichen Grundsätzen hinreichende Oberfläche übrig bleibe. Dieß gilt jedoch nur für Interessenten, d. h. solche, die zur Hud und Weide in der Feldmark selbst mitberechtigt sind.

In der Calenbergischen Zehntordnung von 1709 ist bestimmt, daß, wenn nach Gewohnheit einiger Orten etwas in der Brache gesäet oder gepflanzet werde, solches doch nicht weiter, als auf den vierten Theil des in der Brache liegenden Landes vergönnt seyn soll, und so geschehen müsse, daß die Hude auf dem übrigen Brachfelde nicht gesperrt werde. Es wird also vorausgesetzt, daß die Besömmerung des Brachfeldes überhaupt hergebracht sey, und sodann das Maaß derselben festgesetzt, wornach die Entscheidung der über die Besömmerung der Brachfelder etwa entstehenden Streitigkeiten unterworfen seyn kann. Gegen diese Verordnung kann auch keine die durch sie bestimmte Grenze überschreitende Observanz oder Verjährung angeführt werden, indem durch die Uebertretung eines so bestimmt verbietenden Gesetzes kein neues Recht erworben werden kann f). Wäre indessen schon vor Er-

f) l. 5. C. de leg.

Erlassung des Gesetzes die Verjährung einer das Weiderecht noch mehr beschränkenden größern Besömmerungs-Befugniß vollendet gewesen; so müssen die Weideberechtigten dabey sich beruhigen, weil so wie durch Verjährung die Weidegerechtigkeit selbst verloren gehen kann, also auch eine Verminderung ihres Umfanges auf demselben Wege möglich ist, und das Gesetz zur Entziehung eines wohlerworbenen Rechts keine rückwirkende Kraft hat.

XIV.

Ob ein Legat für Wittwen blos armen Wittwen gebühre?

Der Obercommissarius und Bürgermeister Dr. Achterkirchen zu Nordheim und seine Ehefrau, geborne Schüler, haben in ihrem am 19. April 1789 gemeinschaftlich errichteten Testamente §. 11. folgendes verordnet:

„Daß die Wittwen der hiesigen Raths-Verwandten, nach Ableben ihrer Ehe-Männer, sich der geringsten Einkünfte von deren Bedienung nicht mehr zu erfreuen haben, ist uns nicht selten um so mehr eine ernsthafte Betrachtung gewesen, da wir bereits die Vorfälle erlebet haben, daß die Wittwen der Raths-Verwandten nach dem Tode ihrer Ehemänner, in traurige Umstände gerathen sind.

Dami

„Damit wir nun denen Wittwen der Raths-Verwandten nicht nur einigermaßen zu Hülfe kommen, sondern auch in der Folge noch mehrere bemittelte Raths-Verwandte zu deren Unterstützung aufmuntern mögen; So legiren wir beiderseits Eheleute, nach unserm beiderseitigen Ableben, denen Wittwen der hiesigen Raths-Verwandten die Summe von Vierhundert Thaler in Louisdor à 5 Thlr., und verordnen zugleich, daß die davon aufkommenden Zinsen, unter Direction eines löblichen Magistrats, denen Wittwen der hiesigen Rathsverwandten zur Hälfte an meinem, des Ober-Commissarii Dris Achterkirchen Sterbetage, zur andern Hälfte aber, an meinem, der Ober-Commissariin Achterkirchen Sterbetage, jedes Jahr ausgezahlet werden sollen. Das Legatum selber aber, soll nicht eher als nach unsern beiderseitigen Ableben auf die Wittwen der Raths-Verwandten vererbfället seyn. Besonders angenehm würde es uns seyn, wenn mehrere bemittelte Raths-Verwandte uns hierin nachfolgen und dadurch den Grund zu einer künftigen Raths-Wittwen-Casse zu legen, sich bewogen finden sollten.

„Dafern inzwischen der Fall eintreten würde, daß keine Raths-Wittwe vorhanden wäre; so verordnen Wir hiedurch, daß die von obigen Vermächtniß aufkommenden Zinsen sodann aufgesammlet, zu Capital angelegt und dieses Vermächtniß, welches bis zu ewigen Zeiten fortdauern soll, dadurch nach und nach vermehret werden solle; Wie wir denn auch zur Bezahlung dieses Vermächtnisses

Unse-

Unsere bey dem Schmidt Helmolt zu Hammenstedt, auch bey dem dasigen Einwohner Jürgen Bierwerth gerichtlich belegte Capitalia hiedurch angewiesen haben wollen."

Der Obercommissär Dr. Achterkirchen starb vor seiner Ehefrau, und diese, welche wegen der Sicherheit eines zu dem Legate für die Rathswittwen bestimmten Capitals besorgt war, verordnete in einem am 24. Febr. 1790 verfaßten Testamente noch folgendes:

„Sollte das den Wittwen des hiesigen Magistrats von uns vermachte Legatum von dem dazu bestimmten Helmoltschen Capitale nicht genommen werden können oder zu dessen Bezahlung nicht hinreichend seyn; so soll, damit dieß Vermächtniß gehörig zu Stande kommen möge, und die jedesmahligen Raths-Wittwen der Zinsen davon sich erfreuen können, das übrige zu dem ganzen Vermächtniß aus meiner Verlassenschaft genommen werden, so daß also solches Legatum von vierhundert Reichsthalern wirklich zu Stande kommen soll, wobey ich jedoch hoffe, daß ein hiesiger hochedler Magistrat behülflich seyn wird, daß das dazu bestimmte Helmoltsche Capital demnach gehörig eincassirt werde."

Einen weitern Beweis, wie sehr ihr die Erfüllung dieses Vermächtnisses und dessen Sicherstellung am Herzen lag, gab sie dadurch, daß sie wegen Belegung jener vierhundert Thaler in der Nordheimischen Cämmerei-Casse sich mit einem Gesuche an das Staats-Ministerium wandte, worinn

sie die Veranlassung des Legats also darstellte: „Ihr verstorbener Ehemann habe in Gegenwart Anderer geäussert, daß er keine ärmere Wittwen kenne, als die Wittwen derer gewöhnlich in den aller-dürftigsten Umständen versterbenden Nordheimischen Senatoren, und daß er solche Wittwen in der Rücksicht, da solche nicht so, als die Wittwen der Kaufleute oder sonstigen Handwerker ihre Nahrung fortsetzen oder Gesellen halten könnten, und auch nicht des Allergeringsten eines Wittwengehaltes sich zu erfreuen hätten, für die allerärmsten Wittwen halte, weßhalb es recht sehr zu wünschen sey, daß der Grund zu einer Wittwencasse gelegt würde, woraus solche nach dem Tode ihrer Männer sich doch etwas zu erfreuen haben möchten. Weil ihr nun selbst der höchstdürftige Zustand der Rathswittwen bekannt gewesen, und sie die Absicht ihres Ehemannes zu befördern gesucht habe; so habe ihr Ehemann mit ihr ein nachher unterm 23. Junii 1789 publicirtes Testament errichtet, worinn er unter anderm folgendes disponirt habe: §. 11. u. s. w. Weil sie nun innigst wünsche, daß dieser zur Unterstützung der armen Raths-Wittwen von ihrem verstorbenen Ehemann und ihr gemachten Disposition genau nachgekommen werden mochte, dieses aber am sichersten geschehen würde, wenn das dazu von ihrem Ehemann ausgesetzte Capital nach ihrem Ableben in die Cämmerey-Casse genommen würde; so bitte sie, dem Magistrat zu Nordheim aufzugeben, jenes Capital unter der Legaten-Rubrik in den Cämmerey-Registern mit aufzuführen, sodann nach ihrem Ableben das Capital in Empfang zu nehmen, und darnach zu sehen, daß darüber der Absicht ihres Ehemannes gemäs gehalten werde.“

Die

Die Wittwe Achterkirchen gieng im Jahre 1801 mit Tod ab und der Magistrat erhob im Jahre 1804 von dem eingesetzten Erben die legirte Summe von vierhundert Thalern nebst Zinsen vom Sterbetag der erstern an und bestellte einen besondern Rechnungsführer für die hierdurch gegründete Rathswittwen-Casse. Nachher (Jan. 1806) wurden gewisse Grundsätze von demselben festgesetzt, nach welchen die Verwaltung dieser Casse geführt werden sollte. Unter andern wurde bestimmt: „Die Zinsen des zum ersten Fonds der Wittwen-Casse dienenden Capitals sollen für arme Wittwen der Rathsverwandten zur Pension dienen, jedoch nur zu vier Procent, indem der etwaige fünfte Zinsthaler dem Capital-Fonds zuwachsen soll. Diesem sollen sämmtliche Zinsen accresciren, wenn keine arme Wittwen vorhanden seyen. Unter armen Wittwen seyen aber die zu verstehen, welche, 1. wenn sie kinderlos sind, oder deren Kinder das zwanzigste Jahr erreicht haben, nicht jährlich 50 Thlr., 2. wenn sie 3 oder weniger Kinder haben, nicht jährlich 75 Thlr., 3. wenn sie 4 oder mehrere Kinder haben, nicht jährlich 100 Thlr. in Golde einzunehmen haben.“

Schon früher (im Jahre 1803) hatte sich die Wittwe des Senators . . . . . als die einzige Rathsverwandten-Wittwe um das Achterkirchensche Legat gemeldet, derselben wurde aber erst im December 1805 zur Resolution ertheilt:

„Nachdem weiland Obercommissär D. Johann Achterkirchen und dessen Ehegattin, Marie Sophie Achterkirchen, geborne Schüler, in ihrem am

16. April 1789 mit einander errichteten testamento reciproco §. 11. ausdrücklich erklärt haben, daß sie dadurch bewogen wären, den hiesigen Rathswittwen die Zinsen von einem Capitale in Golde zu legiren, weil sie mehrere Fälle erlebt hätten, daß die Wittwen der Rathsverwandten, weil sie nach dem Ableben ihrer Ehemänner sich der geringsten Einkünfte von deren Bedienungen nicht mehr zu erfreuen gehabt hätten, in traurige Umstände gerathen wären, mithin hierdurch sattsam zu erkennen gegeben haben, daß nur armen Wittwen der Rathsverwandten die Zinsen von diesem legirten Capitale ausgezahlt werden sollen, die Supplicantin aber, wie notorisch ist, so viel Vermögen besitzt, und so viel Einkünfte von weiland ihrem Ehemann hat, daß sie davon nicht nur bisher gemächlich gelebt hat, sondern auch in Zukunft leben kann, überdem aber in dem erwähnten Testamente ausdrücklich bestimmt ist, daß das in Frage stehende Legat nicht eher, als nach dem beiderseitigen Ableben der Vermächtnißgeber auf die Wittwen der Rathsverwandten vererbfället seyn solle, es aber gleichfalls in der Notorietät beruhet, daß der Ehemann der Supplicantin, weiland Senator . . . . . hieselbst, viele Jahre vor der verwittweten Obercommissairin Achterkirchen verstorben, mithin das Legat selbst gar nicht auf dieselbe verabfället ist, folglich auch dieselbe auf die Zinsen davon keinen Anspruch machen kann: so stehet ihrem Gesuche um Auszahlung derselben nicht zu willfahren."

Die

Die Wittwe . . . . . wandte hiergegen die Apellation ein. Die Worte der Testirer, meynte sie, bestimmen allen Wittwen der Nordheimischen Rathsverwandten das Legat: nirgends sey blos der armen gedacht. Diese Worte seyen klar und bedürfen keiner Erklärung. Der vorher angeführte Beweggrund der Disposition könne eine Beschränkung derselben auf arme Wittwen nicht begründen, da nach bekannten Rechten die Ursache, Veranlassung oder Beweggrund einer letzten Willensverordnung dem deutlich erklärten Willen weder eine von den Worten abweichende Deutung verschaffen, noch auch die Wirkung einer Bedingung haben könne. Auf alle Fälle aber fehle es ihr auch nicht an der von dem nordheimischen Magistrate verlangten Qualification und lieb würde es ihr seyn, wenn derselbe wegen der von ihr gerühmten Wohlhabenheit die Gewährleistung übernehmen wollte.

Sie bat daher unter Aufhebung der gravirlichen Resolution zu erkennen:

„daß ihr die Zinsen des von dem Ober-Commissär D. Achterkirchen und dessen Ehefrau unterm 16. April 1789 für die Wittwen der Rathsverwandten der Stadt Nordheim gestifteten Legats von 400 Thlr. in Golde vom Tode der verwittweten Obercommissärin Achterkirchen den 4. Jan. 1801 bis zu dem Tod des Senators D. B. . . . ganz, von dieser Zeit bis zum Absterben des Burgermeisters D. S. . . . zur Hälfte, und von da an zu einem Drittel gebühre, und der Magistrat zu Nordheim schuldig sey, ihr selbige auszuzahlen."

Es wurde Bericht mit Acten gefordert. Der Magistrat bezog sich zur weitern Unterstützung seiner Entscheidungsgründe auf die Bewegungs-Ursache und den Zweck der Achterkirchenschen Eheleute. Die traurigen Umstände, in welche sie selbst Wittwen armer Rathsverwandten gesehen, hätten ihr Mitleiden erregt, und dadurch bewogen, hätten sie das Legat gestiftet, mit dem erklärten Zweck, den Wittwen der Rathsverwandten einigermaßen zu Hülfe zu kommen, und andere bemittelte Rathsverwandte zu gleicher Freigebigkeit aufzumuntern, um dadurch den Grund zu einer künftigen Raths-Wittwencasse zu legen. Die Bewegungs-Ursache und der Zweck des Legats scheinen es nun auffer Zweifel zu setzen, daß die Wittwencasse nur für arme, hülfsbedürftige Wittwen habe gestiftet werden wollen. Wittwen also, die als solche ihr standesmäßiges Auskommen haben, oder wohlhabenden, oder gar reichen Wittwen sey das Legat nicht bestimmt, da sie keiner Hülfe und Unterstützung bedürfen. Diese Erklärung des achterkirchenschen Testaments werde noch durch die im Jahre 1798 dem K. Ministerium übergebene Vorstellung der Wittwe Achterkirchen bestärkt, worinn sie Veranlassung und Zweck des Legats weitläuftig auseinander setze, und ausdrücklich sage, die im §. 11. des Testaments enthaltene Verordnung zwecke zur Unterstützung der armen Rathswittwen ab.

In dieser Hinsicht habe auch der Magistrat bey den über die Verwaltung der Raths-Wittwencasse einstimmig angenommenen Grundsätzen eine gewisse Bestimmung, wie der Ausdruck: arme Wittwen,

wen, zu verstehen sey, gefaßt. Daß aber die Appellantin zu diesen nicht gehöre, sey dem Magistrat zuverlassig bekannt.

Daß der Magistrat zu Nordheim durch die von ihm wegen Verwaltung der Raths-Wittwencasse, zu welcher das Achterkirchensche Legat den ersten Grund legte, aufgestellten Grundsätze keine einseitige und willkührliche Erklärung des Achterkirchenschen Testaments geben, folglich den Wittwen der Rathsverwandten ihr in demselben gegründetes Recht durch die Beschränkung auf arme Wittwen nicht nehmen konnte, falls dieß nicht auch wirklich die Absicht der Testatoren war, ist keinem Zweifel unterworfen. Niemand kann dem gedachten Magistrat die Verwaltung des Achterkirchenschen Legats und der dadurch begründeten Raths-Wittwencasse streitig machen. Ihm kömmt es demnach zu, für die sichere Belegung der Capitalien und die ordentliche Bezahlung der Zinsen Sorge zu tragen, die Wittwengehalte anzuweisen, einen Rechnungsführer zu bestellen, denselben mit Instruction zu versehen, die Rechnungen abzunehmen u. s. w. In allem diesen befolgt er nur den Willen der Stifter. Aber Verfügungen, die damit nicht unzweifelhaft übereinstimmen, darf er nicht treffen, so wenig als irgend ein anderer Testamentsexecutor. Wenn daher anzunehmen seyn sollte, daß nach dem Willen der Stifter alle Wittwen der Nordheimischen Rathsverwandten, ohne Unterschied des Vermögens, an dem Genuß der Wittwencasse Theil haben sollen;

so

so würde die Bestimmung der Magistratsglieder, daß nur arme Wittwen dazu zu lassen seyen, von rechtlicher Wirkung, wenigstens von allgemeiner und bleibender verbindlicher Kraft nicht seyn. Als Statut kann sie ohne landesherrliche Genehmigung nicht gelten, und diese würde gegen den deutlichen Willen der Testatoren (welcher hier einstweilen vorausgesetzt wird) schwerlich erfolgen. Als gütliche Uebereinkunft kann sie nur diejenigen, die sie getroffen haben, also weder Vorfahrer noch Nachfolger im Amte, verpflichten. Da nun die Appellantin, unter der eben bemerkten Voraussetzung, schon vor jener Bestimmung ein Recht auf das Legat hatte; so konnte aus derselben kein gültiger Grund gegen sie hergenommen werden, so lobenswerth auch an sich die Sorge des Nordheimischen Magistrats für die Erhaltung und Vermehrung des Wittwencassen-Fonds war.

Daß hiernächst der von dem früheren Tode des Senators . . . . . hergenommene Entscheidungs-Grund unter den vorliegenden Verhältnissen nicht von Erheblichkeit ist, bedarf kaum einer Bemerkung. Das Legat ist nicht dem zur Todeszeit der Stifter vorhandenen Magistrats-Collegium und dessen Wittwen, sondern überhaupt den Wittwen der Rathsverwandten vermacht, und es ist gleichgültig, ob die Ehefrau eines Nordheimischen Rathsverwandten zur Zeit, als die Obercommissairin Achterkirchen starb, also das Legat, nach Vorschrift des Testaments, auf die Wittwen der Rathsverwandten vererbfället wurde, bereits eine Wittwe war, oder erst nachher in den Wittwenstand gerieth.

rieth. Anders würde es sich freilich verhalten, wenn das Legat der vierhundert Thaler seine Bestimmung in der Art erhalten hätte, daß dasselbe nach dem Absterben der Achterkirchenschen Eheleute an den Magistrat zu Nordheim fallen, und als Fonds zu einer Rathswittwen-Casse angelegt werden sollte. In diesem Falle konnten nur die zur Zeit des Anfalls lebenden Rathsverwandten und ihre Nachfolger, nicht aber ihre Vorfahrer im Amte, als die Legatarien betrachtet werden und folglich die Wittwen der Letztern auf den Genuß eines Wittwengehalts aus der achterkirchenschen Stiftung keinen Anspruch machen. Dieß war aber, wie die Worte des Testaments zeigen, hier der Fall offenbar nicht.

Alles kam daher auf die Hauptfrage an: Wem ist das Legat bestimmt? Allen Wittwen, oder nur armen? Der Nordheimische Magistrat behauptete das letztere, die Appellantin das erstere. Diese hat die bestimmenden Worte, jener die Einleitung der hieher gehörigen Verordnung für sich. Ueberall, wo von der Bestimmung der legirten 400 Thlr. die Rede ist, wird nur der Wittwen der Rathsverwandten im Allgemeinen gedacht, sowohl in dem gemeinschaftlichen Testamente der Achterkirchenschen Eheleute, als in dem Testament der Wittwe Achterkirchen: Wir legiren, heißt es, denen Wittwen der hiesigen Rathsverwandten ꝛc. die Zinsen sollen denen Wittwen der hiesigen Rathsverwandten ausbezahlet werden; — das Legat soll auf die Wittwen vererbfället seyn; — wenn keine Rathswittwe, also nicht: wenn keine arme, hülfs-

bedürf-

bedürftige, sondern überhaupt keine, vorhanden wäre; den Wittwen des hiesigen Magistrats; — die jedesmaligen Rathswittwen. So lauten die bestimmenden Worte (**verba dispositiva**) der Testirer; ganz allgemein, ohne Unterscheidung armer und reicher Wittwen. Es ist also hier in den Worten keine Dunkelheit und es scheint daher auch keine Erklärung derselben, am wenigsten eine beschränkende, statt zu finden, sondern lediglich die einfache Anwendung dieser Worte auf den vorliegenden Fall Pflicht des Richters zu seyn. Dazu kommt, daß das Legat der 400 Thlr. zu dem Fonds einer Wittwen-Casse bestimmt ist, bei Wittwencassen aber in der Regel auf das Vermögen der Wittwen keine Rücksicht genommen wird. Die Appellantin scheint daher in jeder Hinsicht den bestimmten Willen der Testirer für sich zu haben: **cum autem in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis questio** a).

Allein, wenn dessen ungeachtet die Testirer eine andere Absicht gehabt hätten: wenn ihre wahre Meinung gewesen wäre, nur den armen und dürftigen Wittwen zu Hülfe zu kommen; so wäre es doch Unrecht, ihren allgemeinen Worten auch eine ganz allgemeine Anwendung zu gestatten, zumal da eine beschränktere dem Ausdruck ihres Willens nicht widerspricht. Denn nirgends sagen sie, alle Rathswittwen sollen zu dem Genuß ihres Legats gelassen werden, und leicht möglich ist es, daß sie durch die Einleitung dieses Theils ihres Testaments diejenigen genugsam bezeichnet zu haben glauben mochten,

a) l. 28. §. 1. D. de leg. 3.

mochten, welchen ihre Wohlthat eigentlich bestimmt seyn sollte. Wenn das Gesetz verbietet, anders von den Worten des Testators abzuweichen, als wenn es klar ist, daß er es anders gemeynt hat; so erklärt es eben dadurch, daß es nicht schlechterdings und unbedingt an die Worte einer letzten Willensverordnung binden wolle. Dem Richter überträgt vielmehr das Gesetz die Befugniß, nach seiner eigenen innern Ueberzeugung die Worte des Testators mit dessen wahrer Willensmeynung zu vereinigen. „Non aliter, heißt es in der l. 69. D. de leg. 3., a significatione verborum recedi oportet, quam cum manifestum est, aliud sensisse testatorem; und sodann weiter: Marcellus respondit: quos verbis, quae proponerentur, demonstrare voluerit testator, ad notitiam eius, qui de ea re cogniturus esset, pertinere, non enim in causa testamentorum ad definitionem utique obscendendum est, cum plerumque abusive loquantur, nec propriis nominibus et vocabulis semper utantur.“ Und in der l. 7. C. de fideicomm. ist verordnet: „voluntatis defuncti quaestio in aestimatione iudicis est.“

Daß auch da, wo die bestimmenden Worte eines Testaments ganz allgemein gefaßt sind, dennoch aus hinreichenden Gründen eine einschränkende Erklärung statt findet, wenn sie nur mit den Worten nicht in einem directen Widerspruch steht, leidet keinen Zweifel. „Verba generalia, sagt Hofacker b) generaliter intelligi debent, nisi

b) Principia iur. civ. §. 226.

si adsint coniecturae, unde verbis non repugnantibus dilatari aut coarctari debent generaliter expressa," und daß es hierzu nicht gerade eines strengen Beweises bedürfe, daß der Testator offenbar eine andere Meynung gehabt habe, als die von ihm gebrauchten allgemeinen Ausdrücke andeuten, lehrt Averaneus c), wenn er bemerkt: „ut verba ad alium sensum detorqueantur et improprie intelligantur, manifestum esse debet, ita sensisse testatorem, ad quod probandum evidentes coniecturae requiruntur, quia repugnat significatio verborum. At vero ut verba generalia modo latius, modo angustius interpretemur, quaelibet coniecturae sufficiunt, cum verba non repugnent, nec ad alienum sensum sint detorquenda."

Bey der vorliegenden Disposition stand aber, wie bereits erinnert ist, eine Beschränkung des allgemeinen Ausdrucks auf arme Wittwen mit demselben keineswegs in directem Widerspruch, und aus ihrem Zusammenhang giengen die dringendsten Gründe hervor, anzunehmen, daß die Absicht der Testirer nur auf arme Wittwen gerichtet gewesen sey. Denn, wenn gleich die im §. 11. des Testaments vorausgeschickte Betrachtung des hülflosen Zustandes, in welchem die meisten Wittwen der Rathsverwandten zu Nordheim sich zu befinden pflegten, blos als die Veranlassung und Bewegursache (causa impulsiva) des Legats anzusehen seyn möchte, diese aber, da sie mit dem Legate nicht

c), Interpret. iur. l. 3. Cap. 20. Nro. 8.

nicht wesentlich verbunden ist d), eine beschränkende Erklärung des Testaments so wenig begründen, als eine Bedingung oder einen modum legati bewirken kann; so verhält es sich doch ganz anders mit der erklärten Absicht der Testirer. Die Rechtsgelehrten unterscheiden sehr richtig zwischen der Bewegursache und der Absicht (causa impulsiva und causa finalis). Jene ist blos der Grund oder die Veranlassung, wodurch der Testirer zuerst bestimmt wurde, mit dieser aber ist zugleich der Wille desselben verbunden, daß etwas so und nicht anders geschehe, z. E. daß das Legat in Uebereinstimmung mit dem Beweggrunde verwendet werde. Hiernach aber muß man bei der Erfüllung letzter Willensverordnungen sich schlechterdings richten; „constat, in ultimis voluntatibus primario ad causam finalem respiciendum esse, quippe quae omnes actus regit et animi defuncti certissimus index est“ e), „sola enim voluntas servatur in fideicommissis f) eaque magis, quam verba intuenda est g), et cum manifestissimus est sensus testatoris, verborum interpretatio nusquam tantum valeat, ut melior sensu existat“ h).

In

d) „quia ratio legandi legato non cohaeret“ l. 72. §. 6. D. de condit. et demonstrat.

e) Menochius Consil. 81. lib. 1. n. 81. Harpprecht Vol. nov. consil. 50. N. 234. Boehmer Consult. et decis. T. II. P. 1. resp. 697.

f) l. 127. D. de leg. 1. l. 95. D. de leg. 3. l. 57. §. 1. D. ad SCtum trebell.

g) l. 16. C. de fideicommissis.

h) l. 3. C. de liber. praet.

In dem vorliegenden Fall nun scheinen nicht blos Muthmaßungen die eigentliche Absicht der Testirer anzudeuten, sondern ihre ausdrücklichen, mit den das Legat bestimmenden Worten unmittelbar verbundenen Erklärungen. Zuerst führen sie ihre eigene Erfahrung von den traurigen Umständen, in welche die Wittwen nordheimischer Rathsverwandten gerathen seyen, als den Beweggrund des Legats an, und erklären sodann die Absicht desselben, damit sie nicht nur denen Wittwen der Rathsverwandten einigermaßen zu Hülfe kommen, sondern auch in der Folge noch mehrere bemittelte Rathsverwandte zu deren Unterstützung aufmuntern mögen. Hiernach kann die Meynung der Testirer keine andere gewesen seyn, als daß ihr Legat denen gewidmet seyn soll, die Hülfe und Unterstüzzung bedürfen. Denn eines Theils zeigen das ihre eigenen Worte deutlich, andern Theils ist auch das Legat im Ganzen nicht bedeutend genug, um allen und jeden Rathswittwen, ohne Unterschied des wirklichen Bedürfnisses, eine Pension daraus zu geben, indem bey der Concurrenz mehrerer (und dieser Fall war bereits vorhanden) die wirklich dürftigen kaum so viel erhalten würden, daß man sagen könnte, es werde die Absicht, ihnen auch nur einigermaßen zu Hülfe zu kommen, erreicht. Erst wenn die Aufmunterung, welche die Testirer zugleich bezweckten, von glücklicher Wirkung war, konnte vielleicht die Stiftung einer allgemeinen Rathswittwen-Casse in Frage kommen, und diese konnte sodann eine Wittwenverpflegungs-Gesellschaft werden, von welcher aber Wittwencassen, die aus milden Beiträgen und

Stif-

Stiftungen entstehen, sehr verschieden sind i), auf die daher auch die oben angeführte Regel, wornach auf das Vermögen der Wittwen bei Wittwencassen gemeiniglich keine Rücksicht genommen wird, keinesweges unbedingt anwendbar ist.

Diesem allen nach ist die Bestimmung des in Frage stehenden Legats nach dem Zusammenhange des gemeinschaftlichen Testamentes der Achterkirchenschen Eheleute nur für arme Wittwen anzunehmen. Diese Ansicht wird aber noch durch die Vorstellung der Wittwe Achterkirchen an die Landesregierung unterstützt. Hier ist nur von armen Wittwen die Rede. Die Wittwe Achterkirchen — die Mitstifterin — ist die beste Erklärerin wenigstens ihres Willens, und in Ansehung des Willens ihres Ehemannes geht aus ihren Aeusserungen allemal eine dringende Vermuthung hervor, die dasjenige, was aus dem Inhalt des Testaments selbst geschlossen wird, bestärkt.

Aus diesen Gründen verwarf die Hannöversche Justizcanzley die Beschwerde der Wittwe ....., gab aber zugleich dem Magistrat zu Nordheim auf, ihr die nähere Nachweisung ihrer angeblichen Dürftigkeit annoch nachzulassen, darüber angemessene Erkundigung einzuziehen und demnächst den Rechten gemaß zu erkennen.

Auf die hiergegen eingewandte Appellation rescribirte aber das Oberappellations-Gericht zu Celle, daß, wenn gleich die allgemeine Bewegursache

i) Mein Handbuch des teutschen Policeirechts III. 203. f.

sache des weiland Ober-Commissarii und Burgermeisters Achterkirchen und seiner Ehegenossin darin bestanden haben möge, durch das in dem §. II. ihres im Jahre 1789 errichteten Testaments ausgesetzte Legat den gemeiniglich sehr dürftigen Wittwen der Nordheimischen Rathsverwandten zu Hülfe zu kommen, dennoch, da die **verba dispositiva** dieses §phi der gedachten Wittwen nur im Allgemeinen erwähnen, ohne einen Unterschied zwischen den vermögenden und unvermögenden zu machen, ferner die nachgelassene Ehegenossin weiland Ober-Commissärs Achterkirchen in einer nachherigen Eingabe — falls sie auch von ihr persönlich hergerührt hätte, — eine Aenderung in dem von ihr gemeinschaftlich mit dem schon verstorbenen Manne errichteten Testamente oder eine einseitige Erklärung nicht habe machen können, der Implorantin unbedingt und mit Beiseitsetzung des **iniuncti** einer näheren Nachweisung über ihre Dürftigkeit, zu dem **respective** alleinigen, oder, in soferne mehrere Wittwen vorhanden — zu dem **pro rata** zu theilenden Genusse der Legatszinsen zu verhelfen sey, und ist diesem gemäß der Magistrat zu Nordheim angewiesen worden, der Implorantin die ihr gebührenden Zinsen des Achterkirchenschen Legats auszahlen zu lassen.

XV.

XV.

Ueber den Meineid, nach dem 107. Art. der P. G. O.

Im Allgemeinen ist jede Verletzung einer durch einen rechtlich gültigen Eid bestärkten Gelobung ein Meineid a). Er begreift unter sich: Meineid im engern Sinne und Eidesbruch, (pejeratio und perjurium in specie). Jenem liegt die Verletzung eines assertorischen, diesem die Verletzung eines promissorischen Eides zum Grunde b). Die Sache selbst haben auch die älteren Criminalisten schon unterschieden; Koch c) hat zuerst die beiden Arten der Eidesverletzung mit jenen Namen bezeichnet. Tittmann d) braucht eine andere Terminologie, die aber nicht besser ist. Er will die Verletzung

a) Grolman [Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft §. 294.

b) Grolman a. a. O. Feuerbach Lehrbuch des peinl. Rechts §. 453.

c) Inst. iur. crim. §. 543.

d) Handbuch der Strafrechtswissenschaft II. 452. 453

letzung der Eidespflicht überhaupt nicht Meineid (im weiteren Sinne) genannt wissen, und was die Andern **periurium in specie** nennen, nennt er **violatio iuramenti.** Der Unterschied selbst ist allerdings practisch-wichtig, da beide Arten des Meineids in ihren Wirkungen, und also auch in ihrer rechtlichen Beurtheilung verschieden sind.

Die in dem 107. Art. der P. G. O. enthaltene Strafbestimmung umfaßt den allgemeinen Begriff des Meineides keineswegs. Wie weit sie sich aber eigentlich erstrecke, darüber sind die Rechtsgelehrten nichts weniger, als einverstanden. „Welcher, heißt es, vor Richter oder Gericht, einen gelehrten Meineid schwört, so derselbig Eid zeitlich Gut antrift, das indeß, der also fälschlich geschworen hat, Nutz kommen, der ist zuförderst schuldig, wo er das vermag, solch fälschlich abgeschworne Gut den Verletzten wieder zu kehren, soll auch dazu verläumdet und aller Ehren entsetzt seyn..... Wo aber Einer durch seinen falschen Eid Jemand zu peinlicher Strafe schwöre, derselbige soll mit der Pön, die er fälschlich auf einen andern schwüre, gestraft werden. Wer solche Falschschwüre mit Wissen, fürsetzlich und arglistig dazu anrichtet, der leidet gleiche Pön."

Die Erklärung, welche Feuerbach e) hiervon giebt, ist die bestimmteste, unmittelbar aus den Worten des Gesetzes gezogene, welche man in den neuern Lehrbüchern des peinlichen Rechts findet und die daher hier einer kurzen Prüfung unterzogen werden soll, jedoch nur insofern es auf die nähere Bestim-

e) a. a. O. §. 456.

stimmung der Subjecte und Objecte der in dem 107. Art. der P. G. O. enthaltenen Strafbestimmung ankömmt. „Die P. G. O., sagt er, bestimmt folgende Grundsätze in der Bestrafung: I. Wenn Jemand gegen einen peinlich Beklagten fälschlich als Zeuge geschworen hat, Talion. II. Hat der gebrochene Eid einen andern Gegenstand, und ist derselbe in Person, vor Gericht, nach vorgängiger Warnung vor dem Meineid, abgelegt worden; so ist Infamie nebst ihren Folgen und Abhauung der Finger, mit welchen der Verbrecher geschworen hat, die Strafe. Diese Strafe trifft also a) die Verletzung aller Eide, welche zur Förmlichkeit des Processes, oder zur Entscheidung desselben gehören, b) aller promissorischen Eide, welche von einem Richter abgenommen worden sind.“

Was nun I. den Meineid in peinlichen Sachen betrifft; so ist nach dem Inhalt des 107. Artikels der Satz offenbar zu allgemein gefaßt, wenn einem jeden, der gegen einen peinlich Beklagten als Zeuge fälschlich geschworen hat, die Strafe der Talion zuerkannt wird. Der Artikel spricht nur von dem, welcher durch seinen falschen Eid Jemand zu peinlicher Straf schwöret, wo also durch das falsche Zeugniß die Bestrafung eines Unschuldigen wirklich veranlaßt worden ist. Zwar geht der 68. Art. weiter, indem er die Strafe der Talion nicht nur denjenigen androht, die durch falsche boshaftige Zeugschaft einen Unschuldigen zu peinlicher Strafe bringen, sondern auch denen, welche solches zu thun unterstünden. Allein nicht zu gedenken, daß hier das Verhältniß der Strafe zum Verbrecher of-

 fenbar

fenbar überschritten ist, so verdient ohne Zweifel der Artikel, welcher die eigentliche Strafbestimmung enthält, vor demjenigen, der nur gelegentlich der Materie von dem Beweise eingeschaltet ist, den Vorzug, und damit stimmt auch die Praxis überein. Auf der andern Seite aber scheinen die Worte des 107. Artikels nicht blos auf Zeugen im strengern Sinne, sondern auch auf Denuntianten, welche durch eine eidlich bestärkte falsche Denuntiation die peinliche Bestrafung eines Unschuldigen veranlaßt haben, und sogar auf Kunstverständige, die, ihres abgelegten Eides ungeachtet, einen wissentlich und absichtlich zum Nachtheil eines peinlich Beklagten eingerichteten falschen Fundbericht, oder ein solches Gutachten abgegeben und dadurch dessen unverdiente Bestrafung bewirkt haben, anwendbar zu seyn. Denn dieser Artikel spricht nicht blos, wie der 68., von falschen Zeugen, sondern ganz allgemein von solchen, die durch einen falschen Eid Jemand zu peinlicher Strafe schwören, und es kann hierinn keinen Unterschied machen, daß in diesen beiden Fallen zur Bestrafung eines peinlich Beklagten noch die Concurrenz anderer Umstände erfordert wird, wenn nur soviel erhellet, daß ohne einen solchen falschen Eid die Bestrafung nicht statt gefunden hätte. Daß die gesetzliche Strafe auch denjenigen treffen soll, der den Schwörenden zu dem falschen Eide böslich verleitet hat, sagt der Artikel ausdrücklich.

Von den Fällen, wo II. in bürgerlichen Angelegenheiten ein Meineid begangen werden kann, berührt die P. G. O. nur einen einzi-

gen,

gen, den nehmlich, wo Jemand zu seinem eigenen Vortheil vor Richter und Gericht einen gelehrten Meineid schwöret.

Der Eid, von dem der Gesetzgeber redet, soll zeitlich Gut betreffen, und durch den Meineid, dessen Strafe er bestimmt, soll dieß Gut in des Meineidigen Nutzen gekommen seyn. Der Gesetzgeber hatte also offenbar nur den Fall vor Augen, daß in einem bürgerlichen Rechtsstreite der eine der streitenden Theile durch einen Meineid sich dasjenige zuzueignen suchte, was von Rechtswegen dem Andern zukam.

Hieraus folgt 1. daß das Gesetz nur von assertorischen Eiden zu verstehen ist, und nicht auch von promissorischen, wenn sie gleich vor Gericht abgelegt sind. Ohnehin fehlt bey diesen gewöhnlich ein, wenn von der Anwendbarkeit des 107. Artikels die Frage ist, immer vorauszusetzendes Erforderniß — die Warnung vor dem Meineid.

Es folgt 2. daß das Gesetz nur Haupteide, die den Streit entscheiden, bezielet, denn nur durch diese kann das streitige Gut in dessen, der falsch schwöret, Nutzen kommen. Kein zur Förmlichkeit des Processes gehöriger Eid kann also hieher gerechnet werden, wie z. E. der Eid für Gefährde, der Appellations- oder Restitutionseid u. d. m. Auch der Zeugeneid kann nicht unter die gesetzliche Vorschrift gezogen werden, weil durch ihn das zeitliche Gut, worauf die Zeugenaussage sich bezieht, nicht in des Schwörenden Nutzen kommen kann.

Daß es zu dem Wesen des nach dem 107. Art. zu bestrafenden Meineides in bürgerlichen Sachen gehöre, daß der Schwörende um seines eigenen Vortheils

theils willen falsch geschworen habe, zeigt der Zusammenhang des Gesetzes deutlich. Wer um Gewinnung zeitlichen Gutes willen vor Gericht einen gelehrten Meineid schwöre, der soll zuförderst das fälschlich abgeschworne Gut dem Verletzten erstatten, und dazu verläumdet und ehrlos seyn, und, nachdem es im h. Reich ein gemeiner Gebrauch sey, solchen Falschschwörern die zween Finger, damit sie geschworen haben, abzuhauen; so wolle der Kaiser auch diese gemeine gewöhnliche Leibesstrafe nicht ändern. So steht also die Strafbestimmung mit der vorausgeschickten Beschreibung des zu bestrafenden Verbrechers in der genauesten Verbindung, deren willkührliche Trennung durch eine doctrinelle Interpretation schlechterdings unstatthaft ist.

Zwar fährt Leyser f) die Anhänger dieser, genau an die Gesetzesworte sich haltenden Meinung in seiner gewöhnlichen Manier, ziemlich hart an. Er sagt, sie ziehen die Anfangsworte des Artikels: so derselbig Eid ꝛc. mit Gewalt herbey und sündigen gröblich gegen die Regeln einer vernünftigen Interpretation. Selbst der Kaiser, meynt er, würde gar ungeschickt gehandelt haben, wenn er, in der Absicht, die Strafe eines gerichtlichen Meineides im Allgemeinen zu bestimmen, nur Einen Fall ausgehoben, diejenigen aber, welche am meisten vorkommen, übergangen hätte. Die Worte: „so derselbig Eid — bis — entsetzt seyn", hätten in eine Parenthese eingeschlossen werden sollen, und so sey der Sinn des Kaisers deutlich genug der: wer vor Gericht einen gelehrten Meineid schwöre, dem sollen,

f) Med. ad Pand. Vol. 7. spec. 567. med. 22.

len, nach dem gemeinen Gebrauche in Teutschland, die Finger, womit er geschworen, abgehauen werden; ausserdem soll er das, was er durch den Meineid etwa gewonnen, wieder herausgeben und ehrlos seyn. Freilich, wenn der Kaiser seinen Willen also ausgedrückt hätte; so wäre die Sache ganz klar: aber was berechtigt uns, seine deutlichen Worte umzukehren, und ihn sagen zu lassen, was er doch nicht gesagt hat? Wir wollen ihn gegen den Vorwurf einer Ungeschicklichkeit, einer Unbedachtsamkeit retten. Hätte er den aber auch wirklich verdient? Allerdings wohl, wenn seine Absicht gewesen wäre, die Strafe des gerichtlichen Meineides im Allgemeinen zu bestimmen. Diese Absicht schiebt ihm aber Leyser offenbar unter. Denn, wenn gleich die Ueberschrift des Artikels allgemein lautet; so handelt der Inhalt doch blos von einem Eide, der zeitliches Gut betrifft, welches in des Schwörenden Nutzen gekommen ist. Und ist die Gewinnung eigenen Vortheils nicht die gewöhnlichste Triebfeder der Meineide in bürgerlichen Sachen? Wie kann man also sagen, der Kaiser habe übergangen, was am häufigsten geschieht?

Auch Böhmer g) ist der Meynung, die Worte: so der Eid zeitlich Gut betrifft, seyen blos auf den Schadensersatz zu beziehen, und davon sey die Leibesstrafe ganz verschieden und unbedingt vorgeschrieben. Man darf aber nur den Artikel in seinem ganzen Zusammenhange ansehen, wo die Strafe des Meineides nur solchen Falschschwörern angedrohet wird, um sich von dem Gegentheil zu überzeugen.

g) Med. in C. C. C. ad Art. 107. §. 4.

XVI.

Ueber die Verletzung auffergerichtlicher Eide.

Der häufige Gebrauch auffergerichtlicher Eide ist mit Recht zu tadeln, da er die Heiligkeit des Eides in den Augen des Volks schwächt. Dessen Einschränkung durch gesetzliche Vorschriften ist daher sehr zweckmäßig. Das preussische allgemeine Landrecht a) erklärt: „Durch eidliche Bestärkung erhält kein Vertrag mehrere Kraft, als ihm die Gesetze schon an sich beilegen," und verordnet b) daher, daß nicht nur, wegen des Mißbrauchs der Eide bey Schuldverschreibungen und Verzichtleistungen, sowohl diejenigen, welche denselben gefordert, als die, welche ihn geleistet haben, mit einer Geldstrafe von fünf bis zehen Thaler belegt werden, sondern auch alle auffergerichtliche Eide bey gleicher Strafe verboten seyn sollen.

Das gemeine Recht verstattet dem Gebrauch der auffergerichtlichen Eide schon einen zu großen Spielraum, und öfters läßt ihn eine zu laxe Praxis in

a) Thl. 1. Tit. 5. §. 199.

b) Thl. 2. Tit. 20. §. 1425. 1426.

in wahren Mißbrauch ausarten c). Um so mehr verdient die Verletzung derselben ernsthafte Ahndung, die, da der 107. Art. der P. G. O. hier keine Anwendung findet, willkührlich, und nach den besondern Umständen, persönlichen Verhältnissen und dem Grad des gestifteten Schadens zu ermäßigen ist. Vorzüglich wird bey der Bestimmung der Strafe darauf zu sehen seyn, welchen Einfluß insonderheit der Eid auf den durch dessen Verletzung Beschädigten gehabt hat, um ihn zu demjenigen zu bewegen, was man von ihm durch eine eidlich bestärkte Verpflichtung zu erlangen wünschte. Nach dem preussischen Landrechte d) soll gegen den, welcher durch einen aussergerichtlichen Eid Jemanden hintergeht, die Strafe des qualificirten Betrugs um die Hälfte erhöhet werden. Diese besteht nun in einer dem doppelten Betrage des gesuchten Gewinnes gleichkommenden Geldstrafe e).

Auser der Verpflichtung öffentlicher Beamten kömmt der aussergerichtliche Eid am häufigsten bey Verträgen und Verzichtleistungen vor. Was insonderheit die Verletzung der Diensteide f) betrifft; so ist zwar schon die bösliche Uebertretung der Amtspflichten, auch wenn sie nicht eidlich bestärkt sind,

c) (v. Trützschler) Anweisung zur Abfassung rechtlicher Aufsätze I. 135. f.

d) a. a. O. §. 1429.

e) Das. §. 1328.

f) Vergl. Kress ad Art. 107. C. C. C. §. 1. N. 2. Struben Rechtl. Bed. IV. 268. f.

sind, strafbar: aber die eidliche Bestärkung erhöhet die Strafbarkeit des Uebertreters. Bey andern auſsergerichtlichen Eiden muß die Verletzung einer übernommenen Verbindlichkeit von der Verletzung der hinzugekommenen eidlichen Bestärkung derselben genau unterschieden werden. Jene begründet nur eine bürgerliche Klage, diese aber fällt unter die Hand der strafenden Gerechtigkeit. Daß sie minder strafbar ist, als die Verletzung eines vor Richter oder Gericht geschwornen gelehrten Eides, liegt in der Natur der Sache.

Nach Tittmanns Theorie g) wäre die Verletzung eines auſsergerichtlichen Eides gar kein Gegenstand der strafenden Gerechtigkeit. Er begründet die Strafbarkeit des Meineides überhaupt darauf, daß der Eid ein nothwendiges Mittel für den Staat sey, sich h) die Wahrhaftigkeit und Festhaltung gegebener Versprechen von seinen Bürgern zu sichern, welchem nach die Verletzung eines vor Gericht i) geleisteten Eides nicht nur in moralischer Hinsicht unerlaubt, sondern auch ein Vergehen gegen den Staat sey. Hieraus zieht er nun die Folge, daß die Eidespflicht, wenn sie in rechtliche Betrachtung soll kommen können, in Beziehung auf den Staat übernommen

seyn

g) Handbuch der Strafrechtswissenschaft II. 451. f.

h) Ist denn der Eid nicht auch ein Mittel für die Staatsbürger, sich die Wahrhaftigkeit und Festhaltung gegebener Versprechen von ihren Mitbürgern zu sichern?

i) Werden dem Staate nicht auch auſsergerichtlich Eide geleistet?

seyn müsse, weil sie ausserdem nur in Beziehung auf die Moral berücksichtigt werden könne. Der Eid müsse daher vor Gericht geleistet seyn, weil erst hierdurch die Beziehung auf den Staat hervorgebracht werde, und die Verletzung eines aussergerichtlichen Eides sey mithin kein Meineid oder Eidesbruch h). Da nun, nach Tittmanns eigenen, ganz richtigen Grundsätzen, die Verletzung der Eidespflicht nur zwey Arten von Verbrechen unter sich begreift: Meineid oder Eidesbruch, seiner Behauptung nach aber die Verletzung eines aussergerichtlichen Eides keines von beiden ist: da, nach ihm, ein nicht vor Gericht geleisteter Eid nur in Beziehung auf die Moral berücksichtigt werden darf, und in rechtliche Betrachtung nicht kommen kann; so würde diesem allen nach die Bestrafung derjenigen, welche einen aussergerichtlichen Eid verletzen, gar nicht statt finden. Indessen lehrt doch Tittmann i) selbst, wie die Strafe der Verletzung eines aussergerichtlichen Eides zu bestimmen sey.

Mag man nun gleich den Meineid aus einem Gesichtspuncte betrachten, aus welchem man will: als Vergehen gegen den Staat k), oder als Verbrechen gegen die Religion l), oder als (qualificirte)

h) Tittmann a. a. O. S. 463

i) a. a. O. S. 472.

k) Tittmann a. a. O.

l) Quistorp peinl. Recht Abschn. 4. Hptst. 2. und die meisten älteren Criminalisten.

te) Fälschung m); so wird in jeder Hinsicht auch die Verletzung eines auffergerichtlichen Meineides als strafbar erscheinen, indem durch sie nicht nur der Staat beleidigt wird, weil ein unentbehrliches Mittel, Treue und Glauben unter den Staatsbürgern zu sichern, durch Mißbrauch geschwächt wird, sondern auch die Religion, weil die Nichtachtung einer feierlichen Anrufung Gottes ihre Würde verletzt, und es kann damit eine rechtswidrige Täuschung Anderer — eine Fälschung — verbunden seyn, wenn der Eidbrüchige das größere Vertrauen, welches sich auf die Heiligkeit des Eides gründet, dazu mißbraucht, Andern einen Theil des Ihrigen zu entziehen, was bey auffergerichtlichen Eiden meistentheils der Fall seyn wird.

m) Meister ius crim. §. 235. Feuerbach Lehrbuch des peinl. Rechts §. 452. Grolman Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft §. 293. u. a. m.

XVII.

Gehört es zum Wesen des Meineids, daß er zum Präjudiz Dritter gereiche?

Wenn gleich zu dem nach der P. G. O. zu bestrafenden Meineide in bürgerlichen Sachen die Gewinnung eines Vortheils für den Schwörenden erfordert wird, wovon der Natur der Sache nach Verlust für den andern Theil unzertrennlich ist; so gehört es doch im Allgemeinen nicht zu dem Wesen des Meineides, daß er zum Präjudiz eines Dritten gereiche.

Diejenigen freilich, welche den Meineid zu den Verbrechen durch Täuschung eines Andern, zu den Fälschungen und Betrügereien rechnen, wie Meister a), Feuerbach b), Grolman c) u. a. m. d), müssen, um consequent zu seyn, auch bey

a) Principia iur. crim. §. 235.

b) Lehrbuch des peinl. Rechts §. 452.

c) Criminalrechtswissenschaft §. 290.

d) Auch die Verf. des preuss. allgem. Landrechts sind von diesem Gesichtspunct ausgegangen.

bey dem Meineide fordern, daß derselbe zum Präjudiz eines Dritten, es sey des Staats oder einer Privatperson, geschworen sey. Denn zu dem Begriff einer Fälschung wird nicht nur eine absichtliche Täuschung Anderer, sondern auch eine Rechtsverletzung, als Erfolg der Täuschung, erfodert e), und die Requisite der Fälschung überhaupt werden auch als Requisite der qualificirten Fälschungen, zu welchen der Meineid gerechnet wird, betrachtet f). Dennoch sagt Feuerbach: „Perception oder Intention eines Vortheils wird so wenig erfordert, als ein durch den Meineid gestifteter Schade vorausgesetzt wird g). Nach seinen Prämissen ist dieß falsch, nach richtigen Grundsätzen aber wahr.

Der Zweck des Eides ist, durch ausdrückliche Berufung auf Gott bey einer Versicherung oder einem Versprechen die Wahrhaftigkeit oder Treue des Versichernden oder Versprechenden fester zu begründen, als man solches von allgemeinen moralischen Grundsätzen erwarten zu dürfen glaubt.

Der Staat hat dieses Mittel, Treue und Glauben zu befestigen, nicht nur genehmiget, sondern auch auf wichtige Verhältnisse des bürgerlichen Lebens unmittelbar angewendet. Die Religion hat es geheiliget.

Daß

e) Meister l. c. §. 224. Feuerbach a. a. O. §. 447. Grolman a. a. O. §. 290.

f) Feuerbach a. a. O. §. 452.

g) Daselbst §. 456.

Daß der Eid allezeit ein rechtliches Object haben muß, wenn dessen Verletzung als ein Meineid betrachtet werden soll, ist eben so richtig, als daß der Mißbrauch der Eidesformeln und des Namens Gottes bey gleichgültigen Dingen, daß Fluchen und Schwören und andere dergleichen Ausbrüche der Unsittlichkeit und Irreligiösität blos Gegenstände der Sittenpolicey und der kirchlichen Disciplin sind h).

Der Eid aber, der in Beziehung auf rechtliche Verhältnisse, gerichtlich oder auffergerichtlich, abgelegt wird, ist theils für die Sicherheit des Staats, theils für Leben, Ehre, Freiheit und Eigenthum der Staatsbürger von so hoher Wichtigkeit, daß schon in der Verletzung der Eidespflicht an sich ein zureichender Grund liegt, den Meineidigen oder Eidbrüchigen mit nachdrücklicher Strafe anzusehen, selbst wenn durch seine Unwahrhaftigkeit oder Treulosigkeit dem Staate oder Andern kein wirklicher Schade zugefügt ist.

Der Eid, obgleich seiner Natur nach immer accessorisch, ist doch als für sich bestehend zu betrachten, sobald von dessen Verletzung die Rede ist. Die Handlung, durch welche Jemand in Eidespflicht gesetzt ist, muß in diesem Falle von dem Gegenstand, auf welchen sie sich beziehet, getrennt werden, und man darf aus der in der Natur der Sache liegenden Nothwendigkeit, daß ein Eid ohne rechtliches Object als ein eigentlicher Eid nicht, sondern nur als Mißbrauch, als Entheiligung des Eides zu betrachten ist, nicht schließen, daß der Meineid auch

auf

h) M. Handbuch des teutschen Polizeirechts III. 7.

auf dieß rechtliche Object zum Nachtheil Dritter eingewirkt haben müsse, um dessen Bestrafung dem peinlichen Richter zu gestatten. Gesetzt, die Falschheit eines durch den Eid bestärkten Zeugnisses wird entdeckt, ehe auf dieß Zeugniß ein Urtheil gesprochen ist, so daß dadurch Niemand Schaden leidet, hat nicht demohngeachtet der Zeuge die Pflicht der Wahrhaftigkeit gegen die Obrigkeit verletzt, eine Pflicht, die durch sein eidliches Versprechen, die Wahrheit zu sagen, noch verstärkt war? Hat er nicht dennoch den Eid entheiliget, und mit einer so wichtigen Handlung ein boshaftes Spiel getrieben? Darin aber liegt, nach der Natur und dem Zweck des Eides, das eigentlich Strafbare des Meineides, und nicht in dem Erfolg, den ein falscher Eid haben kann. Eben so verhält es sich bey allen übrigen Eiden, wie z. E., wenn Einer durch einen zugeschobenen oder zurückgeschobenen Eid, oder durch einen Erfüllungs- oder Reinigungseid, den er wissentlich und absichtlich meineidig schwört, einem Andern, was ihm gebühret, ab- oder sich, was ihm nicht gebühret, zuzuschwören versucht, wenn gleich, ehe er seinen Zweck erreicht, sein Verbrechen entdeckt wird. Dieses ist vollendet, sobald der Meineid geschworen ist i).

Daß durch eine mit dem Meineide verbundene Schadensstiftung die Strafbarkeit erhöhet wird, leidet keinen Zweifel, und eben darum sind die beiden Fälle, welche der 107. Art. der P. G. O. bezielt, so hart verpönt. Wollte man indessen die Verletzung

i) Tittmann Handbuch der Strafrechtswissenschaft II. 466.

Verletzung der Eidespflicht, welche keinen wirklichen Schaden zur Folge hat, nicht als Meineid mit einer peinlichen, sondern, wie Meister k) vorschlägt, nur, als Mißbrauch des göttlichen Namens, mit einer policeimäßigen Strafe belegen; so würde der in der Reichs-Policeiordnung vorgeschriebenen, die kirchliche Strafe der Kirchenbuße und eines vierzigtägigen Fastens bei Wasser und Brod immer vorzuziehen seyn.

XVIII.

In wie fern zieht die Appellation die Supplication nach sich?

Die Regel ist, daß, wenn in einer Rechtssache eine Partey ein devolutives, die andere ein nicht devolutives Rechtsmittel ergreift, also — jene die Appellation, diese die Supplication oder Leuteration — das devolutive Rechtsmittel die Befugniß, über das nicht devolutive zu erkennen, alsdann nach sich zieht, wenn auf jenes eine weitere Verhandlung der Sache oder die Abänderung des vorigen Urtheils in einem connexen Streitpunct beliebt wird *). Die Folge hiervon ist, daß der Richter, welcher die Suppli-

k) a. a. O. §. 236.

*) Martin Lehrbuch des bürgerl. Processes §. 199. u. die das. angef. Schriften.

Supplicationsbeschwerden zu beurtheilen hat, den Ausgang der Appellation abwarten muß, ehe er darüber erkennt *). Doch hat auch diese Regel ihre Ausnahmen. So rescribirte das Oberappellations-Gericht zu Celle an die Justizcanzlei zu Hannover in Sachen Rosen wider Schlemm:

„Die Regel, daß die Appellation die Supplication nach sich ziehe, kann, ohne den supplicantischen Theil einer ihm in den Rechten gegönnten Instanz zu berauben, alsdann nicht in Anwendung kommen, wenn die Supplicationsbeschwerden die Hauptsache und Präjudicial-Puncte, die Appellationsbeschwerden aber solche Fragen betreffen, die erst nach jener Entscheidung zur Discussion gezogen werden mögen."

*) Pufendorf Obs. iur. univ. T. 2. obs. 110.

XIX

Ueber den Artikel 14. des Codex Napoleon.

Der vierzehnte Artikel des Codex Napoleon lautet also:

„Ein Fremder, selbst wenn er sich in Frankreich nicht aufhält, kann doch vor die französischen Gerichte gefordert werden, um Verbindlichkeiten zu erfüllen, die er in Frankreich gegen einen Franzosen übernommen hat; auch kann er wegen solcher Verbindlichkeiten, die er in fremdem Lande gegen Franzosen übernommen hat, vor die französischen Gerichte gezogen werden."

Diese Verordnung ist für Fremde, welche in Frankreich, oder auch ausserhalb Frankreich mit Franzosen Geschäfte haben, sehr wichtig, und selbst für auswärtige Regierungen nicht gleichgültig.

Man kann ihren Inhalt kürzer also fassen: Ein Fremder kann von einem Franzosen wegen einer jeden Rechtsverbindlichkeit vor den französischen Gerichten belangt werden, die Schuld mag in Frankreich oder im Auslande contrahirt worden seyn, der Fremde mag sich in Frankreich aufhalten oder

nicht.

nicht a). In dieser Fassung erscheint sie in ihrer ganzen Stärke und Wichtigkeit.

Will man aber die rechtlichen Wirkungen, welche sie für Fremde hat, näher erörtern; so muß man die Fälle, welche das Gesetz unterscheidet, von einander abgesondert betrachten. Denn das Recht, welches das Gesetz dem Franzosen beilegt, hat nicht unbedingt eine Verbindlichkeit des Fremden zur Folge, der nicht unter dem Gesezze steht d. h. der in Frankreich sich nicht aufhält.

Daß 1. ein Fremder, welcher sich in Frankreich aufhält, daselbst wegen Verbindlichkeiten, die er in Frankreich oder in einem andern Lande übernommen hat, belangt werden kann, und gehalten ist, sich vor den französischen Gerichten einzulassen, ist keinem Zweifel unterworfen und bedarf kaum einer Bemerkung. Doch können auch hierbey völkerrechtliche Verhältnisse eintreten b), welche aber die Regel selbst in keiner Hinsicht aufheben.

Daß 2. ein Fremder, welcher sich in Frankreich nicht aufhält, wegen Verbindlichkeiten, die er daselbst gegen einen Franzosen übernommen hat, vor den französischen Gerichten belangt werden kann, wenn er in Frankreich Vermögen besitzt, ist ein mit der gemeinrechtlichen Lehre von dem Gerichtsstande des Contracts übereinstimmen-

a) Zachariae Handbuch des französischen Civilrechts Band I. Einleitung S. XXII.

b) Vergl. v. Martens europäisches Völkerrecht §. 94. 95. 96.

stimmender Grundsatz c), welcher ganz die natürliche Billigkeit für sich hat, und daher als eine in der Natur der Sache liegende allgemeine Norm betrachtet werden kann. Auch wird in diesem Sinne die Verordnung des Code Napoleon selbst in Frankreich verstanden. „Es versteht sich," sagt Zachariä a. a. O. unter Beziehung auf Lassaulx's Journal für Gesetzkunde und Rechtsgelehrsamkeit, „von selbst, daß, im Fall sich der Schuldner nicht in Frankreich aufhält, vorausgesetzt wird, daß er Vermögen in Frankreich besitzt."

Daß aber 3. ein Fremder, der sich in Frankreich nicht aufhält, auch wegen solcher Verbindlichkeiten, die er in fremdem Lande gegen Franzosen übernommen hat, vor die französischen Gerichte soll gefordert werden können, ist eine dem französischen Recht eigenthümliche, mit allgemeinen Grundsätzen nicht zu vereinigende Verordnung. Dem französischen Kläger giebt allerdings das Gesetz die Befugniß, auch in diesem Falle seinen ausländischen Schuldner bey den französischen Gerichten zu belangen: aber konnte es dem Ausländer die Verbindlichkeit, vor denselben zu erscheinen, auflegen? Das Gesetz unterscheidet nirgends, ob der in Frankreich zu belangende Fremde dort Vermögen besitze oder nicht. Indessen konnte man bey dem vorigen Falle, wo von dem Gerichtsstande des Contracts die Frage ist, auch ohne ausdrückliche Erklärung des Gesetzgebers annehmen, daß er von diesem Gesichtspuncte ausgegangen sey, weil er mit der Begründung

c) l. 19. §. 2. D. de iudiciis. Martin Lehrbuch des bürgerlichen Processes §. 29.

gründung jenes Gerichtsstandes wesentlich verbunden ist. In dem gegenwärtigen Falle aber kann die Voraussetzung, daß der fremde Schuldner eines Franzosen Vermögen in Frankreich besitze, von keinem besondern Einfluß auf jenes Verbindlichkeit, sich vor französischen Gerichtshöfen wegen einer persönlichen Forderung einzulassen, seyn. Der bloße Besitz einiges Vermögens in Frankreich macht ihn nicht zum französischen Unterthan und verpflichtet ihn also auch nicht, vor den französischen Gerichten zu erscheinen. Daß auch der Besitz unbeweglicher Güter in Frankreich nicht das, was man in Teutschland den vollen Landsassiat nennt, also persönliche Unterwürfigkeit selbst des im Auslande wohnenden Besitzers, nach sich zieht, zeigt der dritte Artikel des Codex Napoleon deutlich, wo die Personen derer, welche sich im französischen Staatsgebiete aufhalten, und die unbeweglichen Güter, welche Fremde in Frankreich besitzen, in Rücksicht auf die verbindliche Kraft der Gesetze genau unterschieden werden d). Der Umstand, daß der Fremde Vermögen in Frankreich besitzt, ist also in dem Fall, wo derselbe gegen einen Franzosen in fremdem Lande

de

d) Les loix de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire. Les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française. — Deutlicher für den hier bemerkten Unterschied war die Stelle in dem dem Staatsrath vorgelegten Entwurf also gefaßt: La loi oblige indistinctement ceux qui habitent le territoire. L'étranger y est soumis pour les biens qu'il y possede et personellement en tout ce qui interesse la police pendant sa résidance.

de Verbindlichkeiten übernommen hat, kein Rechtsgrund für die Statthaftigkeit der französischen Gerichtbarkeit, wohl aber ein Hülfsmittel, den Fremden zur Unterwerfung zu zwingen oder ein in contumaciam abgegebenes Urtheil zu vollstrecken, wohin denn auch das jedem Gläubiger beigelegte Recht, die seinem auswärtigen Schuldner angehörigen, in Frankreich befindlichen Effecten, selbst wenn er keinen Titel hat, in Beschlag nehmen zu lassen, zielet e). Soweit also das in Frankreich befindliche Vermögen eines Fremden, der sich in dem hier angenommenen Falle befindet, und sich nicht vor den französischen Gerichten einlassen will, reichet: in so weit und in sofern wird auch der letzte Satz des 14. Art. des Codex Napoleon in Ausführung gebracht werden können. Wie aber, wenn der Fremde sich freiwillig einläßt? Wäre er dazu berechtigt; so würden die rechtlichen Wirkungen einer Prorogation ohne Anstand eintreten. Aber er kann sich seinem rechtmäßigen Richter nicht willkührlich entziehen. Was die teutschen Rechtsgelehrten von der Zulässigkeit der Prorogation in einzelnen Sachen in Rücksicht auf die verschiedenen teutschen Staaten ehemals lehrten, ließ sich vielleicht durch das gemeinsame Band der Reichsverfassung rechtfertigen, und doch ward sie von der richtigern Meynung geläugnet f); ja! nicht einmal den gemeinschaftlichen höchsten Reichsgerichten konnten Landesunterthanen sich durch Prorogation unterwerfen g): wie viel

e) Code de procédure civile Art. 822.
f) Leist Staatsrecht S. 491. und die dort angef. Schriften.
g) M. Grundsätze der reichsgerichtlichen Verf. und Praxis §. 98.

viel weniger kann dieß statt finden bey Unterthanen gänzlich unabhängiger Staaten! Ein in dem oben angezeigten Fall von französischen Gerichten gesprochenes Urtheil würde daher, auch wenn der Beklagte sich freiwillig eingelassen hätte, in dem Staat, dessen Unterthan er ist, nicht zur Vollstreckung gebracht werden können, selbst nicht in der Eigenschaft eines schiedsrichterlichen Erkenntnisses, nach welcher sonst Urtheile auswärtiger Gerichte in einem andern Staate billig zu beurtheilen, und in Anwendung zu bringen sind. „Es wird, sagt Zachariä h) sehr richtig, bey der ganzen Deduction der Rechtskraft eines von einem auswärtigen Gerichte gesprochenen Urtheils, als eines schiedsrichterlichen Erkenntnisses, vorausgesetzt, daß die Gerichtbarkeit des Staates, welcher das Urtheil gesprochen hat, schon nach den Grundsätzen des allgemeinen Staatsrechtes begründet war, daß mithin die Partheien, in so fern der Staat über ihre gegenseitigen Rechte ein Urtheil gefällt hat, als dessen Unterthanen betrachtet werden konnten. Es wird daher die Parthey, gegen welche ein auswärtiges Erkenntniß, als ein schiedsrichterlicher Ausspruch gebraucht wird, jederzeit mit der Einrede oder Replik zu hören seyn, daß der auswärtige Richter eine Entscheidung gefällt habe, in Beziehung auf welche sie, die Parthey, nicht unter dessen Gerichtbarkeit nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen gestanden habe. Man nehme z. B. an,

h) Ueber die Rechtskraft eines in einer Civil-Sache von einem auswärtigen Gerichte gesprochenen Urtheils in der Zeitschrift: Germania, herausgegeben von Crome und Jaup B. 2. Heft 2. S. 238. 239.

an, daß nach den Gesetzen eines gewissen Staates ein Fremder wegen allen und jeden Verbindlichkeiten, die er gegen einen Inländer eingegangen ist, vor den inländischen Gerichten belangt werden kann, wenn schon der Vertrag im Auslande geschlossen worden ist und der Fremde sich nicht innerhalb des Staates aufhält *); so wird ein in diesem Falle gesprochenes Urtheil in einem auswärtigen Staate auch nicht auf die Gültigkeit eines schiedsrichterlichen Erkenntnisses Anspruch machen können, selbst wenn sich der Fremde auf die gegen ihn erhobene Klage eingelassen haben sollte. Denn die Gerichtbarkeit eines Staates kann im Verhältnisse zu den Unterthanen eines andern Staates weder einseitig, durch positive Gesetze, noch durch das Anerkenntniß der Partheien selbst begründet werden, da diese nicht berechtiget sind, sich der Gerichtbarkeit ihres Staates auf irgend eine Weise zu entziehen. Nur unter der Voraussetzung, daß die Gerichtbarkeit eines Staates an sich begründet war, daß mithin die Partheien sich dieser Gerichtbarkeit unterwerfen konnten, ohne in die Rechte eines andern Staates einen Eingriff zu thun, ist ein jeder anderer Staat verbunden, dem gesprochenen Urtheile die Gültigkeit eines schiedsrichterlichen Spruches beizulegen."

*) Der Code Napoléon art. 14. setzt dieses wirklich fest.

XX.

XX.

Sind Zeugen bey einem mündlichen Testamente schuldig, den Namen des Erben aufzuzeichnen?

Die Lehre, daß bey dem mündlichen Testamente die Zeugen den Namen des Erben sogleich anzeichnen sollen, und daß die Notarien, die dieses unterlassen, als Verfälscher zu bestrafen seyen, ist ohne rechtlichen Grund. Claproth a) führt dieß unter den wesentlichen Erfordernissen bey dem mündlichen Testamente auf, und beruft sich auf die l. 29. C. de testam. Hier aber ist eine solche Vorschrift nicht zu finden. Die Verordnung, welche dieß Gesetz enthält, sollte ohne Zweifel eine Verbesserung der in den l. 21. C. de testam. enthaltenen Vorschriften seyn, welche die Art und Weise, wie ein vorher schriftlich verfaßtes Testament den Zeugen verschlossen vorgelegt werden kann, bestimmen. Jedem b), der ein schriftliches Testament macht, wird

a) Abhandlung von Testamenten §. 27. f. auch (v. Trützschler) Anweisung zur Abfassung rechtl. Aufsätze.

b) Claproth sagt: Dieß dürfe schlechterdings kein des Schreibens und Lesens Unerfahrner a. a. O. §. 26. In dem Gesetze aber steht wörtlich: „quod si literas testator ignoret, vel subscribere nequeat: octavo subscriptore pro eo adhibito eadem servari decernimus.“

wird verstattet, wenn er dessen Inhalt heimlich halten will, die Schrift, sie sey von seiner eigenen oder eines Andern Hand, sieben dazu erbetenen Zeugen zur Untersieglung und Unterschrift vorzulegen, wobey der Testirer weiter nichts zu thun hat, als, daß diese Schrift sein Testament sey, den Zeugen zu erklären und seine Unterschrift hinzuzufügen, die Zeugen aber zu gleicher Zeit unterschreiben und untersiegeln müssen, wo denn das Testament aus dem Grunde, daß dessen Inhalt den Zeugen unbekannt ist, nicht angefochten werden kann. Justinian fand dieß bedenklich und wollte, daß von dem Testirer wenigstens der Name des Erben entweder bey seiner Unterschrift oder in irgend einem Theile des Testaments selbst aufgeschrieben, oder, wenn er dazu aus Schwäche oder Unkunde nicht im Stande wäre, den Zeugen mündlich bekannt gemacht, von diesen aber bey ihrer Unterschrift ausdrücklich bemerkt werden soll. Die Geschäftsmänner, welche die Abfassung von Testamenten besorgen, und hierauf nicht halten würden, sollen mit der Strafe der Fälschung angesehen werden. Dieß ist kürzlich der wesentliche Inhalt des Gesetzes, das offenbar nur schriftliche Testamente bezielt, wie selbst eine in demselben vorkommende Beziehung auf mündliche Testamente beweiset. Quemadmodum enim, heißt es, in elogio quod sine scriptura conficitur, necesse est, testatorem voce exprimere nomen vel nomina heredum: ita et in testamentis per scripturam conficiendis, cum ipse testator manu sua scribere heredes vel noluerit, vel minime potuerit, voce tamen

eius

eius eos manifestari oportet.“ Die ganze Vorschrift ist aber später wieder zurück genommen, weil die Erfahrung gelehrt hatte, daß ihre Befolgung zu beschwerlich und besonders wegen der dadurch gänzlich vereitelten Geheimhaltung eines Haupttheils der Testamente zu unangenehm war c); sie kann also am wenigsten auf eine Art von Testamenten angewendet werden, für die sie gar nicht gegeben ist, und bey welcher sie, da nicht eine Unterschrift der Zeugen hinzugefügt werden kann, als eine bloße Privat-Adnotation, ohnehin von geringem Werthe seyn würde. Mehr als ersetzt wird eine solche, den Zeugen eines mündlichen Testaments allenfalls wohl zu empfehlende, aber nie als ein wesentliches Erforderniß zu betrachtende Vorsicht dadurch, wenn ein mündliches Testament in glaubwürdiger Form schriftlich aufgezeichnet wird.

XXI.

Von der Strafbarkeit der Selbstbefreiung der Gefangenen.

§. 1.

Auf die Selbstbefreiung der Gefangenen ist in der peinlichen Gerichtsordnung keine Strafe gesetzt. Auch ist mir kein teutsches Landesgesetz bekannt, welches im Allgemeinen auf den Fall, wenn sich ein Gefangener eigenmächtig in Freiheit setzen würde, eine Strafe bestimmte. Eine königlich-Preußi-

sche

c) Nov 119. c. 9.

sche Verordnung vom 16. Febr. 1799, veranlaßt durch die zunehmende Anzahl der Diebstähle und das immer häufiger werdende Entweichen der Verbrecher, schreibt in letzterer Hinsicht folgendes vor:

§. 10. Wenn ein zu bestrafender oder bestrafter Dieb, der deshalb erhaltenen Warnung ohngeachtet, aus der Besserungsanstalt oder dem Gefängnisse entweicht, oder sich durch die Flucht der ihm auferlegten Strafarbeit entzieht; so wird derselbe, sobald man seiner habhaft werden kann, wegen dieser Entweichung eben so gestraft, als wenn er eines zum erstenmal begangenen gemeinen Diebstahls überführt wäre.

§. 13. Ist ein bis zu seiner Besserung Verurtheilter entwichen; so wird derselbe, sobald man seiner habhaft werden kann, deshalb eben so bestraft, als wenn er sich eines gewaltsamen Diebstahls schuldig gemacht hätte.

§. 17. Die Entweichung aus der strengeren Besserungsanstalt a) wird einer Erneuerung des Verbrechens gleich geachtet.

§. 20. Wenn ein bis zur erfolgenden Begnadigung Eingesperrter aus der Besserungsanstalt entweicht, wird derselbe, sobald man seiner habhaft werden kann, zur Zuchthaus- oder Vestungsarbeit verurtheilt, und auf eine Zeit von 5 Jahren der Begnadigung unwürdig erklärt.

§. 24.

a) In diese werden solche eingesperrt, welche eines zum erstenmal verübten gewaltsamen Diebstahls überführt sind.

§. 24. Entweicht ein zum erstenmal verurtheilter Räuber; so verwirkt er dadurch die Strafe lebenswieriger Zuchthaus- oder Vestungsarbeit.

§. 2.

Das römische Recht belegt Gefangene, die sich eigenmächtig befreien, mit bestimmten Strafen, je nachdem sie entweder aus dem Gefängnisse, oder aus Strafanstalten entflohen sind b). Was die Flucht aus dem Gefängnisse betrifft; so scheint in Ansehung der Strafbestimmung in den Gesetzen einiger Widerspruch zu liegen. Sie unterscheiden, ob dieselbe durch Gewalt oder mittelst eines Complotts der Mitgefangenen bewirkt ist, oder aber auf andere Weise, insonderheit durch Nachlässigkeit der Gefangenwärter. In diesem Falle findet eine willkührliche Strafe statt c). Für jenen Fall verordnet ein Gesetz, wenn Gewalt und Complott beisammen waren, die Schärfung der verdienten Strafe, und, wenn ein nachher unschuldig Befundener sich also befreiet hätte, eine willkührliche Strafe d). Ein anderes Gesetz drohet dem Flüchti-

b) „Carcer ad continendos homines, non ad puniendos haberi debet.“ l. 8. §. 9. D. de poenis.

c) „Si per negligentiam custodum evaserunt, levius puniendi.“ l. 1. pr. D. de effractoribus.

d) „In eos, qui, cum recepti essent in carcerem, conspiraverint, ut, ruptis vinculis et effracto carcere, evadant, amplius, quam causa, ex qua recepti sunt, reposcit, constituendum est: quamvis innocentes inveniantur ex eo crimine, propter quod impacti sunt in carcere, tamen puniendi sunt.“ l. 13. D. de custod. reor.

Flüchtigen, die Flucht mag durch Gewalt des Einzelnen, oder durch ein Complott bewirkt seyn, die Todesstrafe e). Dieses ist jedoch nur so zu verstehen, daß die Strafe einer solchen Flucht bis zur Todesstrafe gehen kann f) und bezieht sich höchstwahrscheinlich auf den Fall, wenn einer, der wegen eines sehr schweren und todeswürdigen Verbrechens ins Gefängniß geworfen ist g), sich durch eigene Gewalt oder durch Hülfe seiner Mitgefangenen in Freiheit gesetzt hat."

§. 3.

Die Strafe derjenigen, welche aus einer Strafanstalt entfliehen (§. 2.), steigt von Grad zu Grad von der Verlängerung der Strafzeit, und der Schärfung der Strafart bis zur Todesstrafe h).

War

e) „De his, qui carcere effracto evaserunt, sumendum supplicium, Divi fratres Aemilio Tironi rescripserunt. Saturninus etiam probat, eos, qui de carcere eruperunt, sive effractis foribus, sive conspiratione cum caeteris, qui in eadem custodia erant, capite puniendos." l. 1. pr. D. de effractoribus.

f) Boehmer Introd. in ius dig. lib. 47. Tit. 18. §. 3.

g) Vergl. l. 3. D. l. 2. C. de custodia reor. — Feuerbach erklärt in dem angegebenen Falle die Todesstrafe überhaupt für gesetzlich. Handbuch des peinl. Rechts §. 230. Grolman hält dieß mit Recht wenigstens für zweifelhaft. Criminalrechtswissenschaft §. 354.

h) „In custodiis gradum servandum esse, idem princeps rescripsit: id est, ut, qui ad tempus damnati erant, in perpetuum damnarentur: qui in perpetuum damnati erant, in metallum damnarentur: qui in metallum damnati id admiserint, summo supplicio adficerentur." l. 28. §. 14. D. de poenis.

War der Entflohene auf gewisse Zeit zu öffentlichen Arbeiten verurtheilt; so soll die Strafzeit verdoppelt werden, es sey denn, daß diese gleich anfangs auf zehen Jahre bestimmt wäre, oder, daß sie durch die Verdoppelung einen Zeitraum von zehen Jahren übersteigen würde, in welchem Falle entweder Verlängerung der Strafe auf Lebenszeit oder Verwandlung derselben in gelinde Bergwerksarbeit statt findet i). Wer zu dieser verurtheilt ist und entflieht, soll zu schwerer Bergwerksarbeit abgegeben werden k), die immer lebenswierig war l). Wer hier entflieht, den trifft die Todesstrafe m).

§. 4.

i) „Quisquis autem in opus publicum damnatus refugit, duplicato tempore damnari solet .... Et si in decem annos damnatus sit, aut perpetuari ei debet poena, aut in opus metalli transmitti. Plane si decennio damnatus fuit, et initio statim fugit: videndum est, utrum duplicari ei tempora debeant, an vero perpetuari, vel transferri in opus metalli. Et magis est, ut transferatur aut perpetuatur: generaliter enim dicitur, quotiens decennium excessum est duplicatio, non esse tempore poenam arctandam.“ l. 8. §. 7. D. de poenis.

k) „Inter eos autem, qui in metallum et eos, qui in opus metalli damnantur, differentia in vinculis tamen est, quod, qui in metallum damnantur, gravioribus vinculis premuntur; qui in opus metalli, levioribus: quodque refugae ex onere metalli in metallum dantur: ex metallo gravius coercentur“ l. 8. §. 6. D. de poenis.

l) l. 28. §. 6. eod.

m) l. 8. §. 6. l. 28. §. 14. eod.

§. 4.

Absichtlich sind diese gesetzlichen Bestimmungen hier so ausführlich dargelegt, um zu zeigen, auf welchen Gründen sie beruhen und wie sie unter sich zusammenhängen. Sollten sie so ganz wider die gesunde Vernunft seyn, daß ihre Anwendbarkeit, obgleich das römische Recht auch im peinlichen Rechte bey uns subsidiarische Kraft hat, schlechterdings zu verwerfen wäre? In ihrem Inhalte kann es nicht liegen: denn dieser ist so in die Augen fallend vernünftig und zweckmäßig, daß man die Befolgung derselben Grundsätze auch in dem oben angeführten preußischen Gesetze (§. 1.) antrifft. Es muß also an dem Rechtsgrunde fehlen, und das ist es auch, was man der römischen Gesetzgebung hier vorwirft. „Fateor, sagt Böhmer n), observantiam legum sanctissimam esse, ea tamen non eo usque pertingit, ut dispositionem rigoris plenissimam, ratione concludente destitutam, et e iure peregrino haustam, contra humaniora iuris naturae principia gratis sectari teneamur. Non dubitant ICti, a sanctionibus Carolinae, quoties duriusculae, vel principiis contrariae sunt, recedere, ut circa poenam talionis et procuratae sterilitatis factum. Quid ergo nos in praesenti re coget, rationem eiurare et iugum servile peregrinae legislationis subire?“ In demselben Sinne ist Alles, was neuerlich für die Strafloſigkeit der Selbstbefreiung

n) Med. in C. C. C. ad art. 180.

befreiung der Gefangenen vorgebracht ist, und die Rechtfertigungsgründe dieser den Gesetzen geradezu widersprechenden Meynung sind auch dieselben, die schon Böhmer gebraucht hat o).

§. 5.

Weder der fremde Ursprung noch die vermeintliche Härte kann uns berechtigen, die vorliegenden Gesetze bey Seite zu setzen. Nicht der fremde Ursprung — denn wir haben einmal das Joch der fremden Gesetzgebung auf uns geladen, und hier zeigt die Verschiedenheit der Sitten, Staatseinrichtungen ꝛc. keine Ausflucht. Nicht die Härte, denn wir müssen uns allenfalls mit Ulpian begnügen, zu sagen: „hoc quidem perquam durum est: sed ita lex scripta est“ p). Aber sind denn die Gesetze auch so hart, als man sie beschuldigt? Haben sie nicht einen vernünftigen Maasstab, eine angemessene Stufenfolge? Man lese sie selbst und urtheile! Allein freilich, wenn es überhaupt vernunftwidrig, wenn es ungerecht wäre, hier zu strafen; so würde wenigstens die Eigenmacht der Richter, die sich über das Gesetz erheben, einige Entschuldigung finden. Das dürfte jedoch schwer zu erweisen seyn.

§. 6.

Wenn der Obrigkeit die Befugniß zustehet, Verfügungen gegen die persönliche Freiheit der unter

o) S. Tittman Handbuch der Strafrechtswissenschaft III. 359. u. die das. angef. Schriften.

p) l. 12. §. 1. D. qui et a quib. manum.

ter ihrem Gerichtszwange befindlichen Personen zu treffen, es sey der Untersuchung oder der Bestrafung eines Verbrechens wegen; so muß nothwendig dieser Befugniß die Verbindlichkeit derer, gegen die sie ausgeübt wird, entsprechen, sich derselben zu unterwerfen, und es ist mithin Unrecht, wenn sie sich aus dem Gefängnisse eigenmächtig, es sey mit List oder Gewalt, befreien. Ist es aber Unrecht; so ist das Recht des Gesetzgebers, alle dahin zielenden Unternehmungen und Handlungen durch ein Strafgesetz zu verbieten, nicht zu bezweifeln. Gewalt und Art und Maaß derselben, so wie die Aufwiegelung der Mitgefangenen, sind nur beschwerende Umstände der an sich schon strafbaren That.

§. 7.

Aber, sagt man, wie kann eine That strafbar seyn, wo alle bösliche Absicht (dolus malus) fehlt; wo der Gefangene nur dem natürlichen Trieb zur Freiheit und Selbsterhaltung folgt? Nicht zu gedenken, daß die Unrichtigkeit dieses Grundes, wie Feuerbach q) sehr treffend bemerkt, schon daraus sich ergiebt, daß er nicht generalisirt werden kann, was man doch thun muß, wenn man consequent seyn will, ohne die Strafbarkeit aller Verbrechen aufzuheben: so handelt ja derjenige offenbar dolos, welcher widerrechtlich sich der obrigkeit-

 lichen

q) Lehrbuch des peinl. Rechts. S. 178. in der Note.

lichen Gewalt entzieht. Das thut aber Jeder, der sich eigenmächtig aus dem Gefängnisse befreiet. (§. 6.)

§. 8.

Gesetzt aber, die Selbstbefreiung der Gefangenen wäre nach allgemeinen Grundsätzen nicht widerrechtlich; so steht doch dem Gesetzgeber die Befugniß zu, auch sonst erlaubte Handlungen um des allgemeinen Besten willen bey Strafe zu verbieten und die Verhinderung der Flucht der Gefangenen durch jedes zweckmäßige Mittel ist unstreitig dem öffentlichen Wohl angemessen. Bestehen nun Gesetze, welche die Selbstbefreiung der Gefangenen mit Strafe belegen; so ist nicht abzusehen, mit welchem Rechte die Gerichte von deren Anwendung sich lossagen mögen. Selbst ein Gegner der bisher vorgetragenen Grundsätze r) räumt ein, daß in Fällen eigenmächtiger Befreiung körperliche Züchtigungen nicht ungewöhnlich seyen: allein er meint, diese werden nur als Sicherungsmittel für künftige Fälle, nicht als Strafe angewendet. Ist aber die Flucht aus dem Gefängnisse nicht strafbar; so wäre jede Züchtigung rohe Gewaltthätigkeit, folglich auch als Sicherungsmitel unzulässig.

§. 10.

Wenn endlich Böhmer auch um deßwillen sich gegen die Strafbarkeit der Selbstbefreiung der Gefangenen erklärt, weil die Lehre derer, welche dafür

r) Tittmann a. a. O.

dafür sind, mit so vielen Einschränkungen verbunden sey; so leuchtet es von selbst in die Augen, daß dieß kein Grund ist, die ganze Lehre zu verwerfen, die von unnützen Zusätzen leicht gereiniget werden kann, wenn man erwägt, daß die vorgeblichen Ausnahmen von der Regel, eigentlich nur als Milderungsgründe zu betrachten sind.

XXII.

Von dem Rechte der Gerichte, Zahlungsfristen von Amtswegen festzusetzen.

Jeder Gläubiger ist in der Regel berechtigt, die Bezahlung des Ganzen, welches er zu fordern hat, in ungetheilter Summe zu verlangen. Verschiedene Territorial-Gesetze ertheilen jedoch den Gerichten die Befugniß, aus besondern Gründen abschlägliche Zahlungen in angemessenen Terminen zu gestatten. So verordnet z. E. die Magdeburgische Policeiordnung a): „Obgleich zur Annahme der Particular-Solution regulariter wider Willen Niemand anzunöthigen; so soll doch der Richter, befundenen Umständen nach, und da er des Schuldners Untergang vor Augen siehet, wenn er in einer Summa zahlen sollte, den Gläubiger durch bewegliches Zureden zur Annehmung der Particular-Zahlung anweisen.“

Das

a) c. 49. §. 11. Vergl. Leyser Med. ad Pand. spec. 12. §. 4.

Das Preussische Landrecht b) verweiset in Ansehung der Frage: Wann der Richter einen Gläubiger zur Annahme abschläglicher Zahlungen anhalten könne? auf die Proceßordnung, und diese enthält hierüber folgende Bestimmungen: Bey dem am Schlusse der Instruction einer Rechtssache jedesmal vorzunehmenden Versuche der Sühne soll der Deputirte des Gerichts, nach Beschaffenheit der Umstände, den Kläger zur Verstattung billiger Nachsicht, zur Annahme abschläglicher Zahlungen ꝛc. zu vermögen, sich angelegen seyn lassen. Der Beklagte soll, wenn er die Schuld zwar eingesteht, aber wegen der Zahlung Nachsicht verlangt, die dafür sprechenden Gründe vortragen und wenn er eine nicht ganz verwerfliche Sicherheit zu bestellen erbötig ist; so soll der Deputirte des Gerichts die Sache zum Erkenntniß über ein dem Beklagten zu verstattendes Specialmoratorium sofort instruiren c). Durch ein Specialmoratorium erhält der Schuldner gegen einen Gläubiger Zahlungsfrist entweder für die ganze Summe oder durch Festsetzung gewisser Termine zu successiver Befriedigung des Gläubigers d). Deutlich ist zwar nur die Befristung überhaupt als Wirkung dieser Rechtswohlthat ausgedrückt, der Zusammenhang aber zeiget, daß die Bestimmung abschläglicher Zahlungen nicht ausgeschlossen ist. Ein solches Moratorium kann sogleich bey der Einlassung auf die Klage, und muß spätestens am Schluß

b) Thl. 1. Tit. 16. §. 60.

c) Preuß. Proceßordnung Tit. 11. §. 4. 5.

d) Das. Tit. 47. §. 1. 6. 24.

Schluß der Instruction nachgesucht werden e). Ist einmal die Execution verordnet; so darf sie durch Berufung auf ein Moratorium, Anerbietung terminlicher Zahlung ꝛc. nicht aufgehalten werden f). Nach dem Zweck der Moratorien, den gänzlichen Ruin eines nur durch besondere Umstände in Zahlungsunfähigkeit gesetzten Schuldners zu verhüten, muß derjenige, welcher sich zu einem Moratorium qualificiren will, nachweisen: 1) daß er an und für sich hinlängliches Vermögen besitze, den Anforderungen seiner Gläubiger ein Genüge zu leisten; 2) daß Umstände vorwalten, die es ihm unmöglich machen, ohne seinen Ruin, sogleich prompte und baare Zahlung zu leisten; 3) daß gegründete Hoffnung und Aussichten vorhanden sind, daß er durch Verstattung der gebetenen Nachsicht in den Stand kommen werde, seine Gläubiger zu befriedigen und sich zugleich in seinen Nahrungsstand zu erhalten g). Die Prüfung dieser Erfordernisse und das weitere summarische Verfahren ist genau und auf eine sehr zweckmäßige Weise vorgeschrieben h).

Der Codex Napoleon i) verordnet mit gewöhnlicher Kürze: „Der Schuldner kann den Gläubiger nicht zwingen, theilweise Zahlung einer Schuld, auch wenn dieselbe theilbar wäre, anzunehmen. Die Richter können gleichwohl, mit Rücksicht

e) Das. §. 8. Ausnahmen s. §. 9.

f) Das. Tit. 24. §. 42.

g) Das. Tit. 47. §. 3.

h) Das. §. 13. ff.

i) Art. 1244.

ſicht auf die Lage des Schuldners, mäßige Zahlungsfriſten geſtatten, und, während Alles in dem bisherigen Zuſtand bleibt, der Vollſtreckung des gerichtlichen Verfahrens Anſtand geben; doch haben ſie dieſer Befugniß ſich nur mit großer Vorſicht zu bedienen."

Die Celliſche Ober-Appellations-Gerichtsordnung k) enthält in dieſer Hinſicht die Vorſchrift, daß, wenn eine executiviſch beizutreibende Summe ſo hoch wäre, daß der Schuldner ſie auf einmal, ohne ſeinen völligen Ruin, kundbarlich, nicht bezahlen könnte, und derſelbe durch langwierige Rechtfertigung und gebrauchte Tergiverſation nicht ſchon Zeit genug gehabt hätte, das Gericht den Gegentheil zu einer freiwilligen Befriſtung oder auch zur Annahme billiger Termine, zu bewegen ſuchen, in deſſen Entſtehung aber allenfalls auch die Freiheit haben ſoll, nach Befinden der Umſtände von Amtswegen gewiſſe Termine zu ſetzen, wobey jedoch dem Gläubiger wegen richtiger Einhaltung derſelben genugſame Sicherheit verſchafft werden ſoll. Dieſe Verordnung ſtimmt im Weſentlichen mit der Preuſſiſchen Geſetzgebung überein und giebt dem richterlichen Ermeſſen keinen ſo weiten Spielraum, als der Codex Napoleon, der freilich dem Richter große Vorſicht empfiehlt, aber dennoch durch die allgemeine Verweiſung auf die Lage des Schuldners der individuellen Anſicht und Empfindung deſſelben vielleicht zu viel überläßt.

Es

k) Thl. 2. Tit. 15. §. 8. Pufendorf Introd. in proc. civ. B. L. P. 5. c. 1. §. 13.

Es scheint in der natürlichen Billigkeit zu liegen, daß ein Schuldner, den das Zusammentreffen zufälliger Umstände hindert, eine Zahlung zu leisten, die er sonst, nach Beschaffenheit seines Vermögens, wohl leisten könnte, und den eine strenge Execution gänzlich zu Grunde richten würde, mit Nachsicht behandelt werde, sobald der Gläubiger wegen seiner endlichen Befriedigung sicher gestellt, und durch deren Aufschiebung nicht selbst in Gefahr seines eigenen Ruins gesetzt wird. Dieser letztere Fall muß, besonders in geldlosen Zeiten, vorzüglich berücksichtigt werden, und kann man nicht auch den Gläubiger gegen eine solche Gefahr schützen; so versteht es sich von selbst, daß auf seine Kosten der Schuldner nicht gerettet werden darf.

Die Praxis nimmt das Recht der Gerichte, einen Gläubiger zur Annahme terminlicher Zahlungen anzuhalten, wenn der Schuldner durch die Strenge der Hülfsvollstreckung auf einmal zu Grunde gerichtet würde, als unzweifelhaft an l). Allein, wenn die Practiker es auf positive gesetzliche Bestimmungen des gemeinen Rechts zu begründen suchen; so legen sie den Gesetzen eine Wirkung oder einen Sinn bey, die sie nicht haben können.

Die Verordnungen des Reichs-Abschieds von 1654, auf welche sich einige beziehen, waren temporär, durch das Elend des dreißigjährigen Krieges veran-

l) Mevius Decis. P. 3. dec. 235. P. 5. dec. 103. Leyser l. c. Claproth ordent. Proceß. §. 407. de Cramer Obs. iur. univ. T. 2. obs. 533. v. Quistorp Rechtl. Bemerkungen Thl. 1. Bem. 33. Martin Proceß §. 192.

veranlaßt, auf die damalige Zeit ausdrücklich beschränkt und können nur für die jetzige Gesetzgebung ein leider! sehr brauchbares Beispiel und Vorbild, nicht aber Entscheidungsnorm für den Richter seyn, auch nicht analogisch, weil hier von gesetzlichen Anordnungen die Rede ist, die mit dem Ablauf der Zeit ihre Kraft und Wirkung verloren haben, mithin, wenn sie, sey es auch unter ganz ähnlichen Umständen, wieder angewendet werden sollten, durch den erklärten Willen des Gesetzgebers aufs neue belebt werden müßten.

Aus dem römischen Rechte führt man eine ganze Reihe von Gesetzstellen m) auf, die aber alle das nicht enthalten, was sie beweisen sollen, und auch nicht einmal analogische Gründe dafür darbieten. Allerdings will auch das römische Recht, daß dem rechtskräftig Verurtheilten vor der Hülfsvollstrekkung eine Frist bestimmt werde, damit er die erforderlichen Zahlungsmittel herbey zu schaffen, und dadurch die Execution abzuwenden im Stande seyn möge. Allein davon ist die Setzung gewisser Termine zu abschläglichen Zahlungen wesentlich verschieden, und, wenn daher ein Gesetz verordnet, daß demjenigen, welcher die Schuld eingesteht und zur Zahlung sich willig erklärt, gleichfalls die Frist zu gönnen sey, die in jedem Zahlungsbefehl gegeben werden muß n), ein anderes Gesetz aber das Maaß dieser Fristverwilligungen näher bestimmt o);

so

m) Am vollständigsten ist hierinn Claproth a. a. O. Note a.

n) l. 21. C. de iud.

o) l. 31. D. de re iud.

kann daraus die Befugniß des Richters, auch die Annahme terminlicher Zahlungen dem Gläubiger aufzuerlegen, nicht gefolgert werden. Eben so wenig geht diese Befugniß daraus hervor, wenn das Gesetz befiehlt, dem Erben sey zur Bezahlung eines Geldlegats eine mäßige Frist zu gestatten p), oder wenn es will, daß der Kläger dasjenige annehme, was der Beklagte ihm von dem in Anspruch genommenen Gegenstand anbietet, ohne jedoch jenen zu hindern, sein Recht wegen des übrigen sofort weiter zu verfolgen q). Mit welchem Rechte will man sie aber aus einer Anweisung an die Verwalter öffentlicher Gelder, daß sie die Staatsschuldner durch unzeitige und unnöthige Kündigungen nicht drücken sollen, ableiten r)? oder daraus, daß den fiscalischen Schuldnern zu Anschaffung der benöthigten Gelder einige Zeit zu lassen sey s)? oder daraus, daß

p) l. 71. §. 2. D. de leg. 1.

q) l. 21. D. de reb. cred. Dieß ist die Hauptstelle, auf welche man sich zu berufen pflegt. s. Leyser l. c. Man braucht sie nur mit einiger Aufmerksamkeit zu lesen, um sich zu überzeugen, daß sie das nicht beweiset, was sie beweisen soll. Sie lautet also: „Quidam existimaverunt, neque eum, qui decem peteret, cogendum quinque accipere, et reliqua persequi: aeque eum, qui fundum suum diceret, partem duntaxat iudicio persequi: sed in utraque causa humanius facturus videtur Praetor, si actorem compulerit ad accipiendum id quod offeratur: cum ad officium eius pertinet lites diminuere.

r) l. 33. D. de usur.

s) l. 45. §. 10. D. de iure fisci.

daß den Domänenpächtern ihre Zinsen in drey Terminen abzutragen verstattet ist t)? Endlich hat man auch noch für die befragte richterliche Befugniß eine Gesetzstelle angeführt, welche bestimmt, daß, wenn ein Schuldner, welcher zuerst einem Gläubiger mehrere Grundstücke verpfändet und nachher einige derselben einem Andern zur zweiten Hypothek verschrieben hat, für gut findet, dem Erben beider Gläubiger zuförderst die letzte Schuld zu bezahlen, dieser die Zahlung, unter Vorbehalt der zuerst bestellten Hypothek, anzunehmen verbunden sey u). Hier ist der Fall, daß der Schuldner gekündigt hat, aber von beiden durch Zufall in eine Hand gekommenen Capitalien nur eines, und zwar das zuletzt aufgenommene, bezahlen will. Der Gläubiger will es nicht annehmen, wenn nicht zugleich das erste berichtigt wird, verleitet, ohne Zweifel, durch den hier nicht anwendbaren Grundsatz, daß Niemand Particularzahlungen anzunehmen schuldig ist. Uebrigens hindert ihn nichts, nun auch seiner Seits das erste Capital zu kündigen und dessen Bezahlung nöthigen Falls gerichtlich zu betreiben. Daß dieß Verhältniß mit der richterlichen Bestimmung terminlicher Zahlungen nichts gemein hat, bedarf keines Beweises.

t) l. 4. C. de collat. fundor. patrim. et emph.

u) l. 15. D. quib. mod. pign.

XXIII.

XXIII.

Zur Erläuterung der Auth. quod obtinet C. de probat.

Diese Authentica steht dem Anschein nach mit der Gesetzstelle, auf welche sie sich bezieht, in einer sehr gezwungenen Verbindung. Sie folgt auf die l. 6. C. de probat., welche von der Beweiskraft der Privatrechnungen eines Verstorbenen und dessen Angaben im Testamente handelt. „Rationes defuncti, heißt es, quae in bonis eius inveniuntur, ad probationem sibi debitae quantitatis solas sufficere non posse, saepe rescriptum est. Eiusdem iuris est, et si in ultima voluntate defunctus certam pecuniae quantitatem, aut etiam res certas sibi deberi significaverit.“ Nun sagt die Authentica: „Quod obtinet omnimodo, si testator non iuraverit: alioquin heredes necesse habent, religioni testatoris stare, aut minime fruentur his, quae relicta sunt: sed creditoribus nihil ex hoc praeiudicii comparabitur.“

Nicht ohne Grund frägt man, wozu das soll? Die Erben werden ihrem Erblasser auch ohne Schwur gern glauben, daß er dieß oder jenes zu fordern habe, und seinen Gläubigern kann dieß auf keine Weise

zum

zum Präjudiz gereichen, auch dann nicht, wenn der Erblasser etwa seinen Erben selbst als Schuldner im Testamente aufgeführt hätte, was fast die einzige Voraussetzung zu seyn scheint, durch welche die Auth. in Beziehung auf die vorhergehende Gesetzstelle einen vernünftigen Sinn erhalten könnte. Daß aber diese Voraussetzung nicht statthaft ist, zeigt die Vergleichung der Auth. mit ihrer Quelle, der Nov. 48. c. 1.

Eigentlich steht die l. 6. mit der unmittelbar vorhergehenden und der darauf folgenden Gesetzstelle (l. 5. l. 7.) in dem genauesten Zusammenhang a). Diesen trennt die Auth., indem sie eine Ausnahme von dem zweiten Satze der l. 6. andeutet, die in der eben genannten Novelle ihren Grund haben soll. Um die Harmonie des Ganzen wieder herzustellen, schlägt Gothofredus eine ziemlich gewaltsame Operation vor. Statt „sibi deberi," meint er, sey zu lesen: „se debere," so daß, wenn das Gesetz, nach der gewöhnlichen Lesart, von Forderungen, die der Testirer zu haben angiebt, verstanden werden muß, die Gothofredische Verbesserung den Fall gerade umkehrt, und ein Schuldbekenntniß des Testators annimmt. Gothofredus hält dafür, daß hierdurch auch erst eine eigentliche Verschiedenheit der Fälle, welche das Gesetz berührt, hervorgebracht, und der aufgestellte Grundsatz mit der unmittelbar folgenden Auth. in Uebereinstimmung gesetzt werde, welche die Erben für verpflichtet erklärt, die eidliche Versicherung des Testirers anzuerkennen, was nicht anders,

a) Vergl. Ian. a Costa Praelect. ed. Voorda p. 232. 233.

anders, als von der Angabe des Erblassers, daß er etwas, nicht aber daß man ihm etwas schuldig sey, verstanden werden könne, indem es sonst heissen müßte, die Schuldner seyen verbunden, sich der eidlichen Versicherung des Testirers zu fügen.

Mit Recht verwirft Spangenberg diesen vermeintlichen Verbesserungsvorschlag. Die drey angeführten Gesetze handeln von der Glaubwürdigkeit der Privaturkunden; zuerst die l. 5. überhaupt, daß Privaturkunden und Anzeichnungen für sich allein zum Beweise nicht hinreichen: sodann die l. 6. daß eben dieß von Rechnungen eines Verstorbenen, so wie von dessen Angaben im Testamente, sofern daraus eine Forderung dargethan werden solle, gelte, endlich die l. 7. daß es höchst gefährlich sey, einer Schrift Glauben beizumessen, in der Jemand einen Dritten als seinen Schuldner aufführe, weßhalb weder der Fiscus noch sonst irgend Einer aus eigenen Aufzeichnungen eine Schuldforderung soll beweisen können. Der Ideengang liegt hier klar vor Augen, und wie würde dieser zerrissen werden, wenn man der Angabe, der Aufzeichnung einer Forderung (wovon vorher und nachher allein die Rede ist) ohne weiters ein Schuldbekenntniß unterschieben wollte? Freilich würde hierdurch eine sehr große Verschiedenheit des ersten und zweiten Satzes der Gesetzstelle bewirkt, aber nicht ohne den äussersten Zwang. Und eine wirkliche Verschiedenheit ist doch auch so, wie das Gesetz jetzt lautet, vorhanden, denn Anmerkungen in Rechnungsbüchern, die sich unter einer Verlassenschaft finden, und Angaben in einem Testamente haben keineswegs einerley Gründe der Glaubwürdigkeit.

Was

Was aber die Herstellung der Uebereinstimmung des Gesetzes mit der Auth. betrifft; so konnte doch auch dieß nur durch die Verwandlung eines bejahenden in einen verneinenden Satz einigermassen scheinbar gemacht werden. Denn, nicht zu gedenken, daß immer auch hier die Clausel zum Besten der Gläubiger des Erblassers überflüssig bleibt; so paßt auch der von Gothofredus veränderte Gesetzestext auf seine Veränderung der Auth. nicht. Gothofredus will nehmlich, daß statt: „quod obtinet omnimodo, si testator" ꝛc. zu setzen sey: „quod non obtinet omnimodo, nisi testator etc. Nun würde Gesetz und Auth. so lauten: Wenn ein Verstorbener in seinem Testamente eine gewisse Geldsumme oder gewisse Sachen schuldig zu seyn bekennt; so ist dieß zum Beweise der Schuld nicht hinreichend; was jedoch nicht durchaus gilt, es sey denn, daß der Testator seine Angabe beschworen habe. — Es ist klar, daß, die Richtigkeit der Gothofredischen Verbesserung des Gesetzes angenommen, die Auth. bleiben müßte, wie sie war. Findet aber auch die Veränderung des gesetzlichen Textes nicht statt; so sieht es freilich mit der Auth. schlimm aus, und man ist geneigt, auf ihren Urheber die Vorwürfe in reichlichem Maaße auszugießen, die ihm und seinen Collegen schon so oft gemacht worden sind.

Contius trägt deßhalb auch kein Bedenken, die ganze Auth. in einen andern Titel zu verweisen, und zwar hinter die l. 10 C. comm. utriusque iud., die also lautet: „Scriptura testamenti, qua specialiter omnia divisa continentur, quominus res, quarum testator non fecit mentionem,

tionem, heredes inquerere possint, nihil impedit.“ Und in der That, wenn man den Inhalt der Nov. 48. erwägt; so dürfte dieß allerdings die schicklichste Stelle für unsere Auth. gewesen seyn. Indessen, vielleicht ist es doch möglich, ihr den Platz, den sie jetzt einnimmt, zu sichern, und zugleich die Ehre ihres Verfassers zu retten.

Die Nov. 48. setzt fest, daß, wenn ein Erblasser in seinem Testamente eidlich den Betrag und Umfang seines Vermögens angegeben hat, die Erben sich dabey zu beruhigen und aller Nachforschungen nach einem größern Vermögensbestand, als der Testator angegeben hat, sich zu enthalten, oder widrigenfalls den Verlust der ganzen Erbschaft zu gewärtigen haben. Nach der l. 6. C. de probat. sollen nun die Angaben im Testamente von dem, was der Testator zu fordern habe, nicht völlige Beweiskraft haben, und da es leicht geschehen kann, daß ein Testator ein Verzeichniß seiner gesammten Forderungen seinem Testament einrückt; so muß auch darin derselbe Grundsatz gelten, und auch dem Erben kann hiernach aus dem Testamente nicht bewiesen werden, daß sein Erblasser weiter nichts zu fordern gehabt habe. Nach der Nov. 48. aber steht ihm eine solche Angabe des Testatators, wenn sie beschworen ist, allerdings entgegen, jedoch nur im Verhältniß zu seinen Miterben und den Hausgenossen des Verstorbenen. Gegen Erbschaftsgläubiger insonderheit kann er sie nicht als beweisend anführen, sondern diesen bleibt die Untersuchung des wahren Vermögensbestandes unbenommen; sed haec quidem, heißt es in der Novelle, inter heredes, qui curiosi videntur in

defuncti esse substantia, valere volumus; non tamen hoc ratum esse et inter creditores: eo quod nostris declaratum est legilus, quaecunque quilibet pro se dixerit, aut scripserit haec nihil ei prodesse“ ꝛc. Wahrscheinlich liegt auch in dieser Beziehung auf ältere Gesetze der Grund, aus welchem der befragten Auth. die Stelle, die sie einnimmt, angewiesen ist.

XXIV.

Geschichte eines Gattenmordes.

Sophie Justine Amalie Tönebön, am 17. Novbr. 1769 zu Lauenau geboren, und von einem dortigen Bürger, Namens Gerhard Tönebön, oder Tomebein, mit Louise Eckermann in der Ehe gezeugt, war von sechs Kindern die einzige Tochter. In ihrem elterlichen Hause in den Grundsäzzen der evangelisch-lutherischen Religion erzogen, wurde sie im Jahre 1784 von dem Pastor Bornemann zu Apelern confirmirt. Ihre Mutter hatte noch wenige Jahre vor dem traurigen Ereignisse gelebt, welches sie zu der Hauptperson in dieser Geschichte macht. Ihr Vater ist kurz nachher verstorben.

Sie hatte den Religions-Unterricht in der öffentlichen Schule zu Lauenau von ihrem 7ten bis

bis zu ihrem 14ten Jahre genossen. Ihr ehemaliger Lehrer, der sich jedoch nicht genau zu erinnern wußte, ob er sie bis zu ihrer Confirmation unterrichtet und nicht schon früher aufgehört habe, dem Lauenauer Schulunterrichte vorzustehen, sagte von ihr, wie er noch recht gut wisse, daß die Sophie Tönebön sich in den Kenntnissen der Religion eben nicht ausgezeichnet, vielmehr an Geistes-Fähigkeiten ungemein schwach und von vielen andern Mitschülern übertroffen worden sey. — Eine gewisse, über ihr ganzes Seyn und Weben schon in früher Jugend verbreitet gewesene Schläfrigkeit und Trägheit habe sie an der nöthigen Aufmerksamkeit in der Schule gehindert, wodurch sie sich nicht selten strengen Tadel und ernstliche Erinnerungen zugezogen, auch theils durch gelinde theils durch strenge Zwangs-Mittel zu mehrerem Fleiße angehalten worden sey. Indessen bezweifle er nicht, daß sie die von ihm vorgetragenen religiösen und moralischen Lehren wohl gefaßt, und insonderheit den Inhalt und Sinn des ihr oft erklärten, den Todtschlag verbietenden fünften Gebots verstanden habe. So viel er sich von der moralischen Gemüthsart derselben erinnere, sey sie sanft, still, eingezogen, folgsam, durchaus nicht boshaft, wild, widerspenstig oder leidenschaftlich gewesen. Ob sie indessen nicht zu Hause von ihren Eltern als einzige Tochter verzogen, an Leckereien und Näschereien gewöhnt worden, und ob diese Verzärtelung nicht Indolenz und Ausschweifungen mancherley Art zur Folge gehabt, darüber könne er nicht urtheilen, weil er sich nicht entsinne, diese Person, seitdem er Lauenau verlassen, wieder gesehen oder etwas von ihr gehört zu haben.

 Nach

Nach ihrer Confirmation blieb sie noch einige Jahre im elterlichen Hause, wo sie, ihrer Angabe nach, den Haushalt führte, wenn ihre verstorbene Mutter, welche Hebamme gewesen, behindert war.

Ohngefähr drei Jahre nachher bat sie sich nach Hohnhorst, in den Dienst des Pastors Ohly begeben, in welchem sie vier Jahre verblieb.

In diesem Dienst war sie, nach dem Zeugniß des gedachten Predigers,

„so treu, so redlich, so rechtschaffen und dabey „so fleißig, so unermüdet thätig, daß er sich kei„ne bessere Magd wünschen können, dabey war „sie so biegsam, so sanft, und so gefällig, daß „sie schon unaufgefordert den Willen der Haus„frau erfüllte. Sie nahm, obgleich selbst noch „so jung, an den Freuden der Jugend keinen „Antheil, sondern blieb stets in der Einsamkeit und „erfüllte rastlos ihre Pflichten.“

Während dieser ihrer Dienstzeit lernte sie, die, nach dem indessen erfolgten Absterben ihrer Brüder, die dereinstige Erbinn eines für ihren Stand nicht unbeträchtlichen Vermögens war, den bey dem Prediger Ohly gleichfalls in Dienst stehenden unbemittelten Knecht, Otto Desenis, kennen, und pflog mit ihm zwey Jahre hindurch den vertrautesten Umgang.

Beider damaliger Dienstherr äusserte sich über dieses Verhältniß also:

„In den letzten Jahren ihres Dienstes verführ„te mein Knecht, Otto Desenis, dieses schuldlo„se unerfahrne Mädchen, welches die List eines

„Ver=

„Verführers in seiner Gutmüthigkeit gar nicht „ahndete. Die Absicht, die Güter des Mäd„chens zu erlangen, nicht wahre Liebe scheint „der alleinige Grund des Verführers gewesen „zu seyn."

Am 30sten August 1792 ward nun Sophie Tönebön mit diesem Otto Desenis durch priesterliche Trauung verbunden, und sie ehelichte ihn, wie sie selbst versicherte, aus Liebe und freier Entschließung mit Einwilligung ihrer Eltern.

Schon wenige Monate nach der Hochzeit, den 1sten December 1792, ward sie von einer noch lebenden Tochter, Namens Marie Justine, entbunden, in deren Charakter sich nachgehends, nach dem Zeugnisse ihres Lehrers, Trägheit, Nachlässigkeit, Gleichgültigkeit und Mangel an zartem Gefühl entwickelte.

Noch fünf andere Kinder waren Früchte dieser Ehe, von denen jedoch nur zwey, ein Knabe und eine Tochter, am Leben blieben.

Das Bürger-Wesen, dessen Besitz die Tönebön, nunmehr verehelichte Desenis, dereinst zu hoffen hatte, befand sich zur Zeit der eingegangenen Ehe noch unter gerichtlicher Verwaltung, indem es, vorgeblich durch die Unfälle des 7jährigen Krieges, durch Pferde-Sterben und Bauten, in Schulden gerathen war.

Die Desenisschen Eheleute nahmen indessen (denn die Eltern der Ehefrau hatten sich bey den Kindern auf den Alten-Theil gesetzt;) ein Stück Land nach dem andern, so wie es pachtlos gewor-

den,

den, wieder an, und nach mehreren Jahren ward ihnen endlich der ganze Hof aus der Administration schuldenfrei übergeben.

Die ersten beiden Jahre verflossen den jungen Eheleuten in Eintracht und Liebe, die indessen nachgehends in große Mißhelligkeiten und Thätlichkeiten sich verwandelte. Was die Veranlassung dazu gegeben, wer die Schuld gehabt? darüber hat es in der Untersuchung zu keiner völlig befriedigenden Gewißheit gebracht werden können. Die Ehefrau giebt an, daß der erste Grund der Mißhelligkeit durch die ungerechten Vorwürfe veranlaßt worden, welche Desenis ihren alten Eltern über den Verfall des Bürger-Wesens gemacht habe. Er habe sie unverdienterweise für Banquerouteurs und Säufer gescholten; besonders sich mit ihrer verstorbenen Mutter über jede Kleinigkeit gezankt, ihr selbst habe er ungegründete Vorwürfe über ihre Unwirthschaftlichkeit gemacht. Denn, wenn sie gleich heimlich und unter der Hand Kleinigkeiten von ihrem Eigenthum versetzt und verkauft habe, so hätte sie solches aus Noth thun müssen; weil es im Haushalte an Allem gefehlt und ihr gegrauet, wenn sie ihrem Manne was abfordern sollen. Sie habe zuweilen für ihren Vater Taback dafür gekauft, um nicht von ihrem Ehemanne das Brummen darüber zu hören, auch damit derselbe ihn nicht einen alten Spitzbuben schelten solle, da er doch ein redlicher Mann gewesen. Mannigmal hätten auch ihre Eltern aus Noth von ihren eigenen Kleidungsstücken etwas versetzt. Die Streitigkeiten hätten mit den Jahren zugenommen; es sey eine Trennung vom Bette erfolgt; ihr Rücken sey fast beständig

pech-

pechschwarz von erhaltenen Schlägen gewesen. Ihr Mann habe sich geäussert, wenn sie alle Tage Schläge bekommen werde, müsse sie verrecken, sie habe sich kaum auf der Diele (Hausflur) sehen lassen dürfen. Einstmals habe er ihre Haare um die Hand gedrehet, und ihr den Hals auf dem Haublocke abhauen wollen, worauf sie geflüchtet sey.

Der Unfriede in dem Desenisschen Hause blieb auch von den Nachbarn nicht unbemerkt, und einer derselben, welcher vielen Umgang mit dem Otto Desenis gepflogen, sagte aus, daß gedachter Desenis unzählige Mal über das Schicksal geklagt, was er mit seiner Frau erlebe; er könne als Mann nicht bestehen, denn sie nehme ihm Alles unter den Händen weg; er habe nicht einmal ein reinliches Haus, sondern Läuse darinn. Oft, sehr oft habe Desenis dieser Lebensweise wegen seine Frau geschlagen, und weil er eingesehen, daß Schlagen und Ermahnen nichts mehr helfe, sich entschlossen, das Schlagen aufzugeben; oft habe er sich voller Mißmuth den Tod gewünscht, wenigstens nicht bergen können, daß er lebensmüde sey. Des Desenis Klagen wären die gegründetsten gewesen, denn wahr sey es, daß kein Schloß so dicht gewesen, welches sie nicht geöffnet, und ihr em Ehemanne habe sie Alles unter den Händen weggenommen. Dagegen sey auch nicht zu verkennen, daß Desenis, seit drey Jahren besonders, seine Ehefrau oft mißhandelt habe, er solle auch seinen alten 76jährigen Schwiegervater einstmalen gerannt und der Amtsvoigt die Ruhe hergestellt haben. Die Desenis habe sich jederzeit gegen die Nachbarn freundlich bewiesen; übrigens

die erhaltenen Schläge bald vergessen und ihre dummen verschwenderischen Streiche wiederholt.

Desenis sey kein Zänker, sondern freundlich gegen seine Nachbaren, fleißig und genau im Haushalt gewesen.

Ein anderer Haus-Nachbar bezeugte, noch kurz vor der Begebenheit, welche die Untersuchung gegen die Desenissche Ehefrau veranlaßte, sey sie von ihrem Ehemanne derbe geschlagen worden, worauf sie, weil letzterer sie nicht mehr um und neben sich wissen wollen, zu ihm, Deponenten gekommen sey; es sey ihm jedoch gelungen, den Ehemann, dem man übrigens nichts übles nachsagen könne, zu besänftigen. Das wisse Deponent, daß Inquisitinn Alles weggebracht, versetzt und verkauft, und Desenis die versetzten Sachen oftmals wieder eingelöset habe. Wozu Inquisitinn das Geld gebraucht, wisse er nicht, doch habe er bemerkt, daß sie gern Kaffe trinke, und sich wahrscheinlich für Geld welchen angeschafft haben werde.

Der dem Otto Desenis gegenüber wohnende Amts-Voigt Salzmann erwähnte in seiner Aussage zweier Beispiele von dem in dem Desenisschen Hause herschenden Unfrieden.

Im Sommer 1805 habe Desenis einstmals den alten Greis aus dem Hause auf die Miste gestoßen, wo dieser hingefallen sey, worauf er, der Amtsvoigt, Ruhe gestiftet. Der Grund zum Streit solle der gewesen seyn, weil der Altvater geäussert:

„es werde so erzählt, daß sein Schwiegersohn „noch keinen Pfennig hergebracht habe.“

Ein zweiter Vorfall sey der: An einem Herbst-Abend wäre der Alte an sein Fenster gekommen, und habe gesagt, der unsaubere Geist regiere in seinem Hause, Desenis habe ihn aus der Stube geworfen, er, der Amtsvoigt, möge doch einmal herüber kommen. Deponent habe dieses gethan, wahrgenommen, daß Mann und Frau in Zank gewesen, und jener diese geschlagen, worauf er die Ruhe wieder hergestellt habe.

Desenis hatte auch einst, um der verschwenderischen Lebensart seiner Ehefrau zu steuern, das Amt Lauenau ersucht, daß einem jeden verboten werden möge, seiner Ehefrau etwas abzukaufen, welches auch geschehen und durch den Bürgermeister bey Strafe bekannt gemacht worden ist.

In solchen und ähnlichen Mißhelligkeiten lebten die Desenisschen Eheleute, als Otto Desenis am 7ten Febr. 1806 plötzlich verschwand. Seine Ehefrau hatte zwar vorgegeben, daß er nach Hohnhorst zu seinem kranken Vater gegangen sey; weil er indessen von dorther nicht zurückkehrte, es auch aus mehreren Umständen wahrscheinlich ward, daß er gar nicht in Hohnhorst gewesen; so zeigte der Bürgermeister zu Lauenau am 11. Februar dem Amte Lauenau den Vorgang an. Dieses gab einigen Einwohnern daselbst den Auftrag, die Desenissche Ehefrau genau zu beobachten.

Tages darauf, den 12. Febr., begab sich ein Beamter selbst in die Desenissche Wohnung, um das nähere Verhältniß der Sache zu erforschen. Die Ehefrau beharrte bey ihrer Behauptung, daß sich ihr Ehemann nach Hohnhorst begeben habe.

Es fand sich an dem Fuße des bey der Ruhebank stehenden Ofens etwas Blut, welches nach Aussage der Ehefrau beim Schweinschlachten angesprützt seyn sollte. — Mittlerweile und während der Beamte sich noch mit weiteren Nachforschungen beschäftigte, entsprang die Desenis und stürzte sich in die hinter dem Hofe herfliessende Aue, ward jedoch durch die Wachsamkeit ihrer Hüter wieder herausgezogen, und gestand, nachdem der Beamte sie ergriffen und hart angeredet hatte, den an ihrem Ehemanne vermittelst einer Axt begangenen Mord gerichtlich ein; zeigte auch eine an der Küche liegende dunkle Kammer oder vielmehr ein dunkles, zur Aufbewahrung der Gemüse dienendes Loch als den Ort an, wo sie ihren gemordeten Ehemann eingescharrt habe, welche Angabe durch die daselbst angestellten Nachforschungen ihre Bestätigung erhielt.

Der Körper ward noch desselben Tages unter gerichtlicher Aufsicht mit der größten Behutsamkeit ausgegraben; das gegrabene Loch war 7 Fuß lang, 14 Zoll tief. Der Leichnam, bekleidet in gewöhnlicher Altags-Kleidung, voll Blut, ward in einer kalten Stube auf's Stroh gelegt und von der mittlerweile zur Haft gebrachten Mörderin für den Körper ihres Ehemannes gerichtlich anerkannt.

Am folgenden Tage ward in Gegenwart der beiden Beamten, des Land-Physicus, des Amts-Chirurgus und eines andern Chirurgus, mit der Section verfahren.

Nach abgeschornem Haupthaar zählte man, Inhalts des aufgenommenen Besichtigungs-Protocolls, mit der größten Genauigkeit 14 Kopf-Wunden,

den, die mit einem schweren, stumpfen, aber auch scharfen Instrument geschlagen waren. Das schwere stumpfe Instrument schien an der rechten Seite des Kopfs, wo sich zwey Wunden fanden, in der Maaße angewandt zu seyn, daß das Schlafbein zerschmettert seyn mußte, wovon man sich bey der geschehenen Absägung der Hirnschaale völlig überzeugte; ja — diejenige Axt, welche die Inquisitinn als das von ihr gebrauchte Mord-Instrument nachgewiesen hatte, paßte mit ihrem Nacken gerade in die Schläfe. Die scharfen Wunden waren meistentheils auf und am Hinterhaupte zerstreuet, desgleichen war das linke Ohr halb abgerissen. An der rechten Seite der Hirnschaale war ein Spalt von 3 Zoll Länge und ein Gegenspalt $\frac{1}{2}$ Zoll lang.

Die Inquisitinn erkannte die ihr vorgezeigten vierzehn Wunden als diejenigen an, welche sie dem Ermordeten sämmtlich mit der Axt beigebracht habe.

Ueber die bey der geschehenen Leichen-Oeffnung weiter gemachten Wahrnehmungen gab das Protocoll keine Kunde. Hingegen ward aus dem bey den Acten befindlichen, von dem Land-Physicus und den beiden Chirurgen unterschriebenen, durch das beigedruckte Official-Siegel des Land-Physicats beglaubigten viso reperto ersichtlich:

daß die Lungen, das Herz, der Magen, die Leber, die Gallen-Blase, und alle übrigen Eingeweide, sich in einem gesunden Zustande befunden, und das Resultat des visi reperti gieng dahin:

„daß durch die Blutergießungen unter der harten Hirnhaut, durch die großen Hirnwunden, „durch die gänzliche Zerstörung der Hirn-Masse

„an

„an der rechten Seite des Kopfs, durch die übrigen „Kopf-Wunden, so viele wesentliche, zum Leben „ganz unentbehrliche, nothwendige Theile, Be„dingungen, Werkzeuge, Potenzen, zerstört auf„gehoben und in ihren Functionen gehemmet wor„den seyen, daß sie auf 4 Menschen, auf 4 beson„dere gesunde Individua vertheilt, einem jeden „Individuo den Tod, den absoluten Tod, gebracht „haben würden. Der Denatus sey ein so äusserst „gesunder Mann von etwa 36 Jahren gewesen, „daß er zu einem hohen menschlichen Alter viel Hoff„nung geben können; seine Hirnschaale habe sich be„sonders gesund und stark gezeigt. Die Secantes „erklärten die vorliegenden Wunden für absolute „et universaliter lethal.

Bey einer am 14ten Febr. angestellten genaueren Einnahme des Augenscheins fanden sich grosse Blutflecken in der Wohnstube der Desenisschen Behausung auf dem Fußboden und zwar neben dem Ofen und dem Ruhbette; kleine aber häufige Blutflecken zeigten sich an der Decke des Zimmers, und einzeln an der Wand, vor welcher das Ruhbette stand, von welcher Wand aber der größte Theil der Kalk-Decke abgeschabt war. An der Bekleidung der Stubenthür rechterseits fanden sich in einer Höhe von 4 Fuß 9 Zoll, und an der Thürfüllung in einer Höhe von 5 Fuß 3 Zoll auswärts nach der Diele zu, breite Spuren von Blut, die nicht angesprützt zu seyn, sondern davon herzurühren schienen, daß ein blutiger Körper an der Thür hergezogen worden. Ihre Höhe schien aber zu beweisen, daß der Körper nicht auf der Erde geschleppt seyn konnte, sondern getragen seyn mußte.

Auf

Auf der nicht gepflasterter, sondern nur mit Lehm belegten Hausdiele fand sich kein Blut weder überhaupt, noch in dem Raume zwischen der Wohnstube und einer ehemaligen Küche; dagegen aber waren dessen Spuren noch an dem untern Theil der Küchen-Thür zu sehen, obgleich die weissen Stellen im Holz vermuthen ließen, daß das Holz mit einem scharfen Instrument zum Theil neuerlich abgeschabt seyn müsse.

Auf dem Söller der Küchen-Thür war kein Blut, dagegen war der Fußboden der Küche und das auf solcher liegende Stroh noch naß, und in Letzterem noch viel geronnenes Blut zu finden. Unmittelbar an diese ehemalige Küche, die aber von den Bewohnern des Hauses nicht dazu benutzt wurde, stößt eine zu Aufbewahrung des Garten-Gewächses bestimmte dunkle, mit einem Lehmboden versehene Kammer; und in diesem Behältniß fand sich die Grube, worinn der Erschlagene verscharret worden war. Da die Verwandten des Ermordeten seitdem diese Grube von aller losen Erde gereiniget hatten; so zeigte sich jetzt, daß sowol der Boden, wie die Seiten derselben, sehr regelmäßig, grade und eben abgestochen waren.

Der Schwager und der Bruder des Erschlagenen zeigten annoch zwey Grabschaufeln und eine Hacke mit der Bemerkung vor, daß erstere beide sich in der ehemaligen Küche, letztere aber hinter der Hausthür gefunden hätten, und alle drey Spuren von Blut enthielten. Gerichtsseitig ward diese Angabe richtig befunden, indem sich an den Stielen der beiden Schaufeln, und zwar an den Stellen,

wo der Arbeiter die Hände anzulegen pflegt, Blutflecken zeigten, die zwar verwischt, aber doch noch kenntlich genug waren, so wie auch an dem Rücken der Hacke, da wo der Stiel eintritt, das Eisen unverkennbar blutig war. An der Axt zeigten sich gleichfalls noch Blutspuren; es war aber das Blut am Hefte derselben abgekratzt worden. Auch hatte sich noch in der Küche eine Barte gefunden, an der gleichfalls Blutflecken befindlich waren.

Die vorerwähnten Verwandten des Ermordeten meldeten übrigens noch, daß sie, nach einer ihnen von der Delinquentinn durch den Pförtner geschehenen Eröffnung, des Erschlagenen besten Hut in seiner Schlaf = Kammer im Bettstroh, seinen Sonntags = Rock aber in einem Ascherloch versteckt gefunden hätten.

Die Inquisitinn ging zwar anfänglich mit einem völlig wahrhaften Geständniß nicht hervor, indem sie wiederholt behaupten wollte, daß sie die That ohne alle fremde Hülfe vollbracht habe. Eine Behauptung — welche durch die bey der Augenscheins-Einnahme sich ergebenen Umstände eben so unwahrscheinlich wurde, als der von der Delinquentinn in einem der ersten Verhöre gebrauchte Ausdruck:

> Wir wuschen das Blut in der Stube zusammen, bestreueten solches mit Asche ꝛc.

den Verdacht gleichfalls bestätigte, daß Arrestantinn nicht ohne fremde Theilnahme den Mord vollführt haben könne. Sie gestand auch im weiteren Verfolg der Untersuchung die subsequente Theilnahme ihrer

13jährigen Tochter (welch- von letzterer schon früher bekannt worden war,) wirklich ein.

Die näheren Umstände der That gab sie in den mit ihr angestellten mehreren summarischen und artikulirten Verhören also an:

Die Streitigkeiten hätten in den letzten vierzehn Tagen ihrer Ehe so zugenommen, daß es unerträglich gewesen. — Zwey Tage vor dem Tage der That, habe ihr Ehemann mit ihrem alten Vater Streit über eine Schute angefangen, gescholten, daß sie nicht rein sey, dabey beständig gesagt:

„Sie wären Herdurchbringer, hätten alles versoffen.

Auch sie, Inquisitinn, habe während 14 Tagen beständig hören müssen, daß sie bald zu viele Kartoffel und Rüben, bald zu vielen Häckerling fütterre, und ohngeachtet sie immer gesagt, daß die Pferde den Häckerling bekommen, sich nicht irre machen lassen. Wegen dieser Art der Fütterung habe er an dem Donnerstag Mittag (6. Febr. 1806.) ebenfalls Lerm gemacht und geäussert:

„Sie solle nicht lebendig bleiben, er wolle sie aufhängen, ihr jüngster Tag solle seyn, dazu könne sie sich verlassen.“

Nach dieser Aeusserung habe er die Pferde angespannt, und mit einem Tagelöhner Erde gefahren.

Dieser Versicherung wegen und da sie gedacht, daß es besser sey, ihrem Ehemanne zuvorzukommen, da sie bey Nachtzeit nicht fliehen könne, und er sie aufhängen würde, habe sie sich unbeweglich fest vorgenommen, ihn des Abends mit der Axt zu erschlagen.

Nach-

Nachmittags um vier Uhr habe sie den gefaßten Vorsatz ihrer aus der Schule zurückgekommenen Tochter eröffnet, worauf diese erwiedert:

„Mutter, thue sie es doch nicht.“

Zweimal habe sie ihre Tochter mit dem gefaßten Mord-Anschlage bekannt gemacht, welches die Tochter widerrathen, und zuletzt als sie, Inquisitinn, gesagt, daß sie die That ausüben wolle, Zittern und Beben bekommen habe.

Abends sey ihr Ehemann mit dem Tagelöhner zu Hause gekommen, diese, der Altvater, die Kinder und sie, Inquisitinn, hätten mit einander zu Abend gegessen, bey Tisch habe man vom Kriege und von Hamburg, dem Aufenthalts-Orte zweier Brüder ihres Ehemanns, gesprochen. Nach der Abendmahlzeit hätten sie noch etwas zusammen gesessen, ohne daß irgend ein Lerm (Zank) vorgefallen sey; ihr Mann habe auch seine am Mittage gethanen Aeusserungen nicht wiederholt. Der Tagelöhner sey zu Hause gegangen, der Altvater und ihr Mann hätten eine Pfeife Taback angesteckt, jener sich hinter den Ofen gesetzt, dieser sich auf den Faulstuhl gelegt. Um 8 Uhr sey der Altvater zu Bette gegangen. Ihr Ehemann sey mit dem fünfjährigen Sohn auf der Bank liegen geblieben, sie, Inquisitinn, und die Tochter hätten gesponnen, das jüngste Kind in der Wiege habe geschlafen; auch ihr Mann sey mit dem Knaben auf dem Ruhe-Bette eingeschlummert, und habe auf der linken Seite geruhet.

Ohne ihrer Tochter bestimmt zu sagen, daß sie ihren Ehemann jetzt todtschlagen wolle, habe

sie

sie selbige allein herausgesandt, um Holz im Ofen aufzurichten, damit es trocken werde. Auch sie, Delinquentinn, sey, es möge 9 Uhr gewesen seyn, herausgegangen, habe die Axt von der Diele geholt (Inquisitinn erkannte die ihr vorgelegte Axt als das Mordinstrument an) und sey mit derselben zurückgekehrt. Mit voller Gewalt und mit beiden Händen habe sie nun ihrem Ehemann einen Schlag und einen zweiten Schlag auf die rechten Schläfe versetzt. Er sey hierauf beduftet (sinnlos) vom Faulstuhl herunter gefallen. Sie habe nun erst den ruhenden Knaben weggenommen, und ihrer Tochter in die Küche gebracht, der sie gesagt, daß sie den Vater ermordet habe, worauf diese zu weinen angefangen und erwiedert:

Mutter, wenn sie es nur nicht gethan hätte.

Sie sey nun in die Stube zurückgekehrt. Ihr Mann habe am Boden gelegen, und todt geschienen, sich aber, als sie eine kurze Zeit wieder in der Stube zugebracht, geregt, worauf sie ihm dann weil er sich noch geregt, die übrigen Schläge und überhaupt 14 gegeben habe.

Dies waren die Aussagen der Inquisitinn im articulirten Verhöre. Etwas abweichend davon hatte sie im summarischen Verhör angegeben:

Sie habe mit voller Gewalt und mit beiden Händen mit der Axt ihrem Mann in die rechten Schläfe einen Schlag gegeben. Die Reue sey jetzt gekommen, aber zu spät; der Ehemann sey beduftet worden, habe sich nach dem Schlage aufgerichtet; wie er aber bey solchem von der Ruhe-Bank gefallen, habe sie ihm hierauf alle die Schläge auf den Kopf

versetzt, die ihr zu 14 Stück bey der Section vorgezählt worden. Nur nach dem ersten Schlage habe sich ihr Ehemann aufgerichtet, keinen Laut von sich gegeben, und habe sie nach einer Viertelstunde bemerkt, daß er todt gewesen.

Auch in Ansehung der fortwährend gehegten Absicht des zu vollführenden Mordes, war in dem Geständnisse der Inquisitinn einige Abweichung zu finden.

Im summarischen Verhör gab sie an:
sie habe die Axt, immer noch ihrem Vorsatze getreu, ergriffen;
auf die im articulirten Verhöre an sie gerichtete, etwas suggestive, Frage:
Ob ihr dasjenige wiedereingefallen, was sie sich zu Mittage vorgenommen?
antwortete sie:
„Der Gedanke habe wieder sich ihrer bemeistert“
und bejahete uneingeschränkt den unmittelbar darauf folgenden mit dem vorhergehenden in Verbindung stehenden also lautenden Artikel:
und sie bey sich fest bestimmt, ihren weiland Ehemann heute Abend ermorden zu wollen.

Ueber die Fortschaffung des Körpers des Erschlagenen geben das Geständniß und die richtigern Angaben der Inquisiten dahin:

Sie habe den Leichnam unter die Arme gefaßt, ihn ohne jemandes Hülfe in die kleine Küche geschleppt, und daselbst für die Nacht mit Stroh bedeckt. Als sie ihn weggebracht gehabt, habe sie solches ihrer Tochter gesagt, welcher sie befohlen,

eine

eine Schute mit Asche zu bringen, und das Blut auf solche zu fegen; die Tochter habe solches gethan, und dabey über den Verlust des Vaters geweint. Bis gegen 10 Uhr habe sie selbst sich mit dem Aufwaschen des Bluts beschäftiget; hierauf habe sie Pferde und Kühe gefüttert, und sey nach 10 Uhr, denn der Knabe sey so lange in der Küche verblieben, mit ihren Kindern zu Bette gegangen. Des andern Morgens sey sie mit ihrer Tochter um 5 Uhr aufgestanden; zuerst habe sie Pferde und Kühe gefüttert; sodann mit einem Sensen-Baume dem Leichname die Maaße zum Grabe genommen, solches in dem dunkeln Loche, neben der alten Küche, ausgestochen, und den Leichnam mit Hülfe der Tochter beigescharrt. — Ihre Absicht sey gewesen, den Körper in der Küche liegen zu lassen, da diese alte Küche nicht gebraucht werde. Um $7\frac{1}{2}$ Uhr Morgens sey der Altvater mit den Kindern aufgestanden, der während der Zeit, daß sie mit dem Beischarren des Leichnams beschäftiget gewesen, in der Stube gesessen habe.

Die Inquisitinn gab vor, bey der That sich nur der Axt und zweier Schuten bedient zu haben, und läugnete den Gebrauch der Hacke und Barte ab, an denen gleichfalls Spuren von Blut ersichtlich geworden waren.

Die folgenden Tage nach der That beschäftigte sich die Inquisitinn ruhig mit mancherley häuslichen und ökonomischen Arbeiten. Einem jeden, der sie um ihren Mann befragte, antwortete sie, daß er nach Hohnhorst sey. Sie gestand, daß sie, als am Mittwochen die erste Untersuchung angestellt

 wurde,

wurde, in der Absicht in die Aue gesprungen sey, um sich zu ersäufen, weil ihr Gewissen ihr gesagt, sie komme nicht mit dem Leben davon. Nach dem ersten Schlage habe sie die That bereuet, die übrigen Schläge habe sie aus Angst gegeben. Das Verbrechen habe sie des Nachts und des andern Tages immer mehr gefoltert, ihre Angst habe sich vergrößert, da ihr eingefallen, daß es doch herauskomme.

Im ersten summarischen Verhör gab Inquisitinn als Motiv der That an:

„der vielen Zänkereien wegen, die unter ihnen beigefallen, habe sie solches gethan, besonders aber, weil ihr weiland Ehemann an seinem Todestage geäussert, heute solle ihr jüngster Tag seyn.“

In einem spätern summarischen Verhöre sagte sie:

„todt geschlagen habe sie ihren Ehemann, blos „aus dem Grunde, weil er ihr versichert, der Donnerstag solle für sie der letzte und jüngste Tag „seyn, überhaupt habe sie seit $2\frac{1}{2}$ Jahren gegen „denselben Haß hegen müssen, weil er sich ganz „in Absicht des Bettes von ihr geschieden und allein geschlafen habe. Nicht weniger hätte sich „solcher beigehen lassen, Brodt, Butter, alles, „alles zu verschließen, und wenn er Wurst und „Fleisch gespeiset, habe er ihr und ihrem Vater einen Käse geholt, womit sie hätten vorlieb nehmen müssen, ohnerachtet ihr doch die „Güter gehörten.“

Im articulirten Verhöre gab Inquisitinn nochmals die Drohung ihres Ehemannes als den Grund

des

des vollführten Todschlages an, und antwortete auf die an sie gerichtete Frage:

was sie zu ihrer Entschuldigung anführen könne? nichts weiter, als weil er sie mißhandelt und zuletzt mit Aufhängen gedrohet habe. Sie wisse, daß das Todtschlagen verboten sey, sehe die Folgen ihrer That und ihr Unglück ein, bitte das Amt für ihre Kinder zu sorgen, und verlange einen Vertheidiger.

Die Inquisitinn legte das erste gerichtliche Geständniß der That mit der größten Gleichgültigkeit ab, versicherte jedoch in der Folge, aber ohne auch nur einmal bis zu Thränen gerührt zu werden, daß sie die That bereue.

Die dreizehnjährige Tochter der Inquisitinn sagte aus:

Am Donnerstag habe sich ihre Mutter vorgenommen gehabt, ihren Vater zu erschlagen, weil er an demselben Tage ihr mit Aufhängen gedrohet habe. Deponentinn habe davon abgerathen und abermals, jedoch vergebens abgerathen, als die Mutter, wie der Vater des Abends auf dem Faulstuhl gelegen, solches wiederholt zu erkennen gegeben. Sie, Deponentinn, habe es nicht sehen mögen, sey in die gewöhnliche Küche mit ihrem fünfjährigen Bruder gegangen. Als ihre Mutter ohne jemandes Hülfe den Todtschlag mit der Axt vollführt, und den Körper in die dunkle Küche gebracht gehabt, habe die Mutter ihr beides eröffnet; sie habe darauf ihren kleinen Bruder zu Bette gebracht, und das Blut zusammen gefegt, welches die Mutter mit Asche aufgewaschen habe, auch die Flecken habe die Mutter von der Wand gekratzt. Des andern

Mor-

Morgens habe sie mit der Mutter gemeinschaftlich und auf deren Befehl mit der kleinen Schute das Loch gemacht, welches die Mutter nach der Länge des Körpers mit einem alten Sensenbaum abgemessen habe. Die beiden übrigen Geschwister wären mit dem Altvater in der Stube geblieben.

Würklich habe sie, Deponentinn, nicht gedacht, daß ihre Mutter es thun würde, und gefehlt habe sie, daß sie nicht einen Nachbar unter der Hand davon benachrichtiget habe.

Keiner habe ihrer Mutter beim Todtschlagen geholfen, auch das Hereinschleppen in das Loch habe diese allein gethan, und ihren Vater bey den Armen ergriffen. Auch habe sie nicht gesehen, wie die Mutter den Vater über die Diele in die Kammer geschleppt, und wisse sie von dem Gebrauch der ihr vorgezeigten Hacke kein Wort, da nur die beiden Schuten zum Einscharren gebraucht worden seyen. Etwa 9 Uhr möge es gewesen seyn, als die Mutter den Vater erschlagen habe, von dem sie kein Geschrey in der Küche gehört. Des andern Morgens beim Beerdigen habe es ihr wehe gethan, die Mutter aber habe nicht geweint.

Der kleine Bruder habe bey seinem Vater auf der Ruhepunk gelegen, und die Mutter habe, ehe sie die That vollbringen wollen, welches Deponentinn doch nicht genau wisse, den Knaben in die Küche schlaftrunken gebracht, und sie ihn zu Bette gelegt.

Der am Tage der That bey Desenis in Arbeit gewesene Taglöhner versicherte, wie er am Donnerstag Abend mit der ganzen Desenisschen Familie

zu

zu Abend gegessen, sey alles in Ruhe und Frieden zugegangen, nach dem Essen habe er sich nach Hause begeben, und sey des Freitags Morgens früh, weil Desenis ihn bestellt gehabt, etwa 6 Uhr Morgens in die Desenissche Wohnung zurückgekehrt; Inquisitinn habe in der Stube vor dem Ofen gestanden, keine Unruhe blicken lassen, und gesagt, ihr Ehemann sey so eben nach Hohnhorst gegangen, weil er in Erfahrung gebracht, daß sein Vater sehr krank seyn solle; worauf sich Deponent zurückbegeben habe. Einige andere Zeugen sagten aus, daß an der Inquisitinn in den Tagen nach verübter That nicht die mindeste Unruhe zu verspüren gewesen sey; sie habe vielmehr es Morgens, Mittag und Abends ganz ruhig und mit Appetit gegessen, ja sogar aus der Kammer, worin der Erschlagene nachgehends verscharrt gefunden worden, zu dreienmalen Rüben geholt, und solche für das Vieh klein gestoßen.

Der 76jährige Altvater, welcher alle Wissenschaft von der That abgelehnt hat, überlebte den Vorfall nur bis zum 19ten Februar, an welchem Tage er nach Aussage eines bey seinem Tode gegenwärtig gewesenen Nachbars, sanft und ruhig verschieden seyn soll.

Der Pastor Ohly, dessen der Inquisitinn ertheiltes vortheilhaftes Zeugniß bereits oben angeführt worden ist, suchte die Delinquentinn auch in Ansehung der begangenen That möglichst zu entschuldigen, indem er sich darüber wörtlich also äusserte:

„Ich bin vollkommen durch eine vierjährige „Beobachtung und Erfahrung überzeugt, hätte „der Desenis seine Ehefrau, der er doch alles zu

„verdan-

„verdanken hatte, sanft, liebevoll und mit Scho-
„nung behandelt, nie würde eine so schauderhaf-
„te That erfolgt seyn; allein unaufhörliche Miß-
„handlungen können auch das sanfteste Geschöpf
„bis zum Wahnsinn hinführen, und Drohun-
„gen eines Mannes, der nicht seine Frau, son-
„dern ihre Güter liebt, können wohl Gedan-
„ken wecken, vor welche sonst ein weibliches Herz
„zurückschaudert.“

Der Pastor zu Apelern hat bezeugt, daß er seines Erinnerns von dem Lebenswandel der Inquisitinn nie etwas unchristliches und unfriedsames gehört, sie auch mehrere Male mit ihrem Ehemanne in der Lauenauischen Kirche communicirt hae.

Der der Inquisitinn zugegebene Vertheidiger fand bey der Form der Untersuchung, bey dem Corpore delicti in objectiver und subjectiver Hinsicht nichts Wesentliches zu erinnern. Aber die Würdigung der Handlung in rechtlicher Hinsicht, meinte er, stelle dem sorgfältigen Prüfer ein schwer zu lösendes psychologisches Problem dar. Die schwache Natur des Weibes schaudere schon an und für sich vor Mord- und Blut-Scenen zurück. Ein momentaner Zustand der Leidenschaft könne zwar ihre Schwäche dem Affect ganz überliefern und die Anwendung der treffenden Sentenz des Quintilians

plerumque scelus infirmitate faciunt

begründen. Aber ausser dieser Leidenschaftstrunkenheit werde das Weib nie Mordlust, am wenigsten gegen ihren Ehemann athmen. Das maritale nomen behaupte eine große Gewalt über das schwache Weib. Die Erfahrung bestätige, daß da,

wo

wo die weibliche Hand zum Morde gegen den Ehemann sich ausgestreckt, Buhlerey oder Wahnsinn im Spiel gewesen sey, und im ersteren Falle eine heimliche hinterlistige Opferungsart — die Giftmischung — gewählt worden. Wann aber sey das Weib mit offenbarer Gewalt, mit mörderischen Instrumenten, mit Axt und Barte, gegen ihren Ehemann aufgestanden, um ihn zu ermorden? Und wenn es dennoch Ausnahms-Weise geschehen; so sey es nur unter der Bedingung heroischer Natur geschehen, und dabey der Satz jenes römischen Philosophen bestätiget worden:

sunt et feminis in scelera vires, cum habent causas virorum.

„Wo aber, fährt er fort, finden wir in dem vorliegenden Fall eine solche heroische Natur? Nie gab es wohl ein Weib, das so sehr bis zur größten Schwäche Weib und dabey gutmüthiger, duldender, sanftgesinnter, das zugefügte Uebel leichter vergessend, und selbst niemanden Arges wollend gewesen, — als die Inquisitinn. Keiner hat ihr irgend eine Unthat, welche als die Initiative zu solch' einem Verbrechen betrachtet werden könnte, auch nur praesumtive zur Last gelegt, vielmehr sagen Alle, die in näherer Bekanntschaft mit ihr gelebt, sie sey stets gegen jedermann gut und freundlich gewesen, und habe es bald wieder vergessen gehabt, wenn sie von ihrem Ehemann mißhandelt worden. Und diese so gesinnte und so handelnde Person, die sogar sich der härtesten Mißhandlung Preis gab, damit nur ihrem alten Vater seine gewohnte Pfeife Taback, die ihm der Desenis beknauserte, nicht fehlen mögte, ja, die für das Vieh im Stall und

dessen

dessen gehörige Wartung und Pflege ihren Rücken wagte — stehet, mit Ueberspringung aller Mittel, gleich bey dem ersten Schritt, den sie auf die Bahn der Verbrechen setzt, an deren äussersten Ziele! Nemo repente fit turpissimus (C. 15. X. de praesumtionibus) et a nullo subito omnis abscedit virtus, innocentia per gradus ab homine discedit et, ne, in maximis, trepidet audacia, diu vires in minoribns colligit: nemo inde coepit quo incredibile est pervenisse. (Quintilian Decl. 1.) Sie unternimmt aber noch überdieß die gräßliche That, nicht nur ganz wider den allgemeinen Charakter ihres Geschlechts, sondern auch gerade hin wider ihre eigene individuelle Gemüths-Art: ja, sie übt solche auch auf eine Weise aus, die diese auffallenden Contraste noch auffallender und, dem ersten Anschein nach, ganz unerklärbar macht. Dieses milde, sanft gesinnte, duldsame, friedliche, durchaus nicht boshafte, noch von keinem Verbrechen besudelte weibliche Geschöpf, faßt mehrere Stunden im voraus schleunig den Endschluß, ihren Ehemann zu ermorden: — sie entdeckt gleich auf der Stelle diesen gräßlichen Beschluß — nicht etwa einem Buhlen, der mit ihr das leer gewordene Ehebette theilen soll, sondern ihrer mit jenem Ehemann selbst erzeugten Tochter! — und diese Tochter ist — noch ein Kind!! — sie ist nicht im geringsten unruhig über die Folgen, welche diese dem Kinde gemachte und von diesem mit Abscheu aufgenommene Mittheilung haben konnte, und allem vernünftigen Ermessen nach, haben mußte, da es gar nicht anders

ders zu erwarten war, als daß das 13jährige Kind den gräßlichen Plan dem Vater offenbaren werde!! — Sie bewacht es nicht, nachdem der Letztere zu Hause gekommen, um diese Offenbarung zu verhüten, sondern besorgt mit der größten Ruhe und Unbekümmertheit ihre häuslichen Geschäfte!! — Sie isset mit ihrem Ehemann und mit dieser um ihren Mordvorsatz wissenden Tochter, so, als wäre nichts, was sie beunruhigen oder ängstigen könnte, in ihrer Seele!! — Sie erwartet den Schlaf ihres Ehemannes auf der Ruhebank und schickt die noch bey ihr aufseyende Tochter nur aus der Stube, als sie die That vornehmen will, ohne einen Gedanken daran zu haben an das, was so natürlich war, zu erwarten, — daß solche mit Geschrey sich auf ihren Vater werfen, ihn wecken und warnen werde!! — Sie holt die Axt, und ihr Arm wird weder von dem Richter im Busen, bey dieser ersten Greuel-That, noch von dem Anblick des bey dem Vater in süßer Unschuld schlummernden Kindes, ein Anblick, welcher das Herz der Mutter nie verfehlt, im geringsten zurückgehalten oder gelähmt! — Mit einer Kraft, welche man bey einem Weibe bewundern müßte, wenn es einem Stücke Holz und nicht dem Kopf des Ehemanns gölte, führt sie einen, die starke Hirnschaale zersprengenden Schlag gerade dahin, wohin sie ihn zu richten gesonnen war, an die Schläfe!! — Sie bringt ihm, ohne alle Noth, blos weil er noch schwache Spuren des Lebens verräth, noch eine Menge Wunden bey; ruft dann, quasi re bene gesta, das Kind (ihre Tochter) zu dem blutigen Schauspiel ihres ermordeten Vaters — läßt sie ihre zarten Kindes-Hände in das noch rauchende

chende Blut tauchen, um ihr die Stube davon reinigen zu helfen, als wäre es für beide der gleichgültigste Gegenstand von der Welt!! — Auch da noch hat sie keinen Gedanken davon, welch ein gefährlicher Mitwisser ein solches Kind, und daß es moralisch unmöglich sey, daß nicht über kurz oder lang die That durch dasselbe auskommen sollte!! — Sie allein hat die Kraft und den Muth, den Leichnam des Ermordeten bey dem Arm fort nach seinem Verscharrungs-Orte zu schleppen: — sie verfährt auch dabey so, als hätte sie die gleichgültigste Handlung begangen, und als sey von der Verscharrung etwa eines verunglückten Thiers die Rede: sie mißt, um ja sich nicht mehr Mühe, als unumgänglich nöthig war, zu machen, die Länge des todten Körpers an einem alten Sensenbaum, und das gegrabene Loch zeigte, wie regelrecht sie bey dessen Verfertigung zu Werke gegangen war. — Sie kann hierauf der Ruhe pflegen, an das Futtern des Viehes denken, und hoffen, durch solche Mittel, als sie angewandt, werde die That unentdeckt bleiben können. Gewiß, daß ein Weib, von einem solchen Character, als die Inquisitinn, thun können, was, — es so thun können, wie, sie es gethan, das ist durchaus nicht anders zu begreifen und zu erklären, als wenn man annimmt, was ich bereits oben angedeutet und wovon auch der Pastor Ohly einen Wink gegeben hat, wenn er sagt: „solche Handlungen können auch das sanfteste Geschöpf bis zum Wahnsinn hinführen.“

Es müsse, sagt der Defensor ferner, die Subjectivität des Thäters erst völlig im Klaren seyn,

ehe

ehe sich die Imputabilität der That ergeben könne; eben so müsse man eine, aus menschlicher Freiheit und Selbstthätigkeit zu construirende Handlung, auch, so wie sie vorliege, aus dem Charakter des Handelnden erklären, und als mit und bey Vernunft-Gebrauch geschehen, sich vorstellen können. Habe der Handelnde geradehin seinem Charakter zuwider gehandelt, ohne doch durch den Zustand einer momentanen Leidenschaftlichkeit fortgerissen zu seyn; — habe er dabey gehandelt, wie ein Mensch bey und mit Vernunft-Gebrauch im leidenschaftslosen Zustande unmöglich hätte handeln können, so sey man durchaus gezwungen, einen krankhaften Gemüths-Zustand anzunehmen: denn die Conclusion müsse stets durch die dabey vorauszusetzenden Prämissen gerechtfertiget werden.

Einen solchen krankhaften Zustand (eine verdeckte Manie) sey man bey der Inquisitinn anzunehmen genöthiget, da theils ihre That und ihr ganzes Benehmen dabey mit den wesentlich psychologischen Gesetzen, so wie mit der moralischen Individualität der Thäterinn, im Widerspruch stehe, theils wegen ihrer sonstigen Umstände, aus einem freien ungehinderten Vernunft-Gebrauche sich durchaus nicht erklären lasse, dagegen aus den steten Mißhandlungen, welche die Inquisitinn erlitten, gar leicht zu erklären stehe, wie und wodurch sie in einen solchen krankhaften, die volle rechtliche Imputation hindernden Zustand gerathen seyn könne. — Die passive Gemüthsart, mit der sie die langjährige schlechte Behandlung ihres Ehemannes ertragen,

tragen, und die Temperaments- und Geistesfähigkeit, welche so wenig herauswürkend gewesen, habe desto mehr, und zwar bis zur gänzlichen moralischen Vernichtung, auf das Innere der Inquisitinn würken müssen. Jener krankhafte Seelen-Zustand sey indessen nicht von der Art, daß er die That ganz unzurechnungsfähig machen könne, sondern er eigenschaftte sich dazu, den Grad der Zurechnung zu vermindern, und liege es daher in der Natur der Sache, daß in einem solchen Falle nie die Todesstrafe, wohl aber die ihr zunächstkommende Gefängnißstrafe Statt haben könne. Der Defensor verstellte es daher zum gerichtlichen Ermessen, ob nicht eine solche Gefängnißstrafe im gegenwärtigen Fall als das wahre Strafmaaß zu betrachten seyn möchte.

Was zuförderst I. die Form der Untersuchung betrifft; so ließen sich zwar dagegen einige Erinnerungen machen, sie waren aber nicht von der Erheblichkeit, daß sie auf das abzugebende peinliche Erkenntniß einigen Einfluß haben konnten.

Es ist 1. schon oben bemerkt worden, daß zwey Inquisitionalartikel nicht ganz von dem Vorwurfe einer Suggestion freizusprechen sind. Allein die Inquisitinn hatte schon vorher die überlegte Absicht, ihren Ehemann zu tödten, wiederholt eingestanden, so daß an der Freiheit und Wahrhaftigkeit ihres Bekenntnisses auf keine Weise gezweifelt werden konnte.

Sodann war 2. vorgekommen, daß das erste Geständniß der Inquisitinn durch eine harte Anrede

des

des Beamten veranlaßt oder bewirkt worden sey, worauf sie sogleich den Versuch machte, sich durch den Sturz in die Aue von der, ihrer eigenen Ueberzeugung nach, wohl verdienten peinlichen Strafe zu befreien. Der eigentliche Inhalt jener Anrede war nun zwar aus den Acten nicht zu ersehen. Wenn aber auch darinn eine Suggestion enthalten gewesen seyn sollte; so war doch das damalige kurze Verhör nicht das eigentliche ausführliche summarische Verhör, und es ist ausserdem noch in den Acten ein wiederholtes ganz freiwilliges Geständniß vorhanden, wie denn auch aus der erfolgten harten Anrede (die vielleicht unter den vorwaltenden Umständen nicht ganz unzweckmäßig gewesen seyn mag) noch nicht gefolgert werden kann, daß das erste Geständniß durch Gewalt oder durch Drohungen erpreßt sey.

Der wichtigste Vorwurf aber, welcher 3. der Untersuchung gemacht werden konnte, hatte seinen Grund in der unvollständigen Aufnahme des Besichtigungs-Protocolls, welches nur über die äussere Beschaffenheit der Kopf-Wunden Aufschluß giebt, und über die Beschaffenheit der inneren Theile mit dem wörtlichen Anführen hinausgeht:

„die weiteren Bemerkungen behielten sich Land-
„Physicus und Chirurgus bevor, in das visum
„repertum zu tragen, als Resultat aber könne
„angenommen werden, daß die dem weiland
„Otto Desenis zugefügten Wunden für schlech-
„terdings tödtlich anzunehmen seyen.“

Dieser scheinbare Mangel steht aber mit der Beurtheilung der objectiven Gewißheit des Corporis delicti in der genauesten Verbindung, weßhalb die Erheblichkeit desselben weiter unten geprüft werden soll.

End-

Endlich 4. constirte nicht, auf welche Art das bey den Acten befindliche Visum repertum zu denselben gekommen sey, indessen konnte dessen Authenticität keinen Zweifel leiden, da es durch das beigedruckte Official-Siegel des Land-Physikats, als hinreichend beglaubigt erschien.

II. Das Corpus delicti war weder in objectiver noch in subjectiver Hinsicht einem gegründeten Zweifel unterworfen.

So viel insbesondere 1. die objective Hinsicht anlanget; so waren zwar bey dem Besichtigungs-Protocoll vom 13ten Febr. 1806. die Mängel bemerkt worden, daß selbiges nur eine Beschreibung der Wunden nach ihrer äusserlichen Beschaffenheit enthält, und, ohnerachtet die Section und eine Untersuchung der inneren Beschaffenheit des Leichnams wirklich vorgenommen ist, von demjenigen, was bey derselben wahrgenommen worden, überall keine Nachricht giebt, so wie denn auch die Unterschrift des Arztes und Wundarztes am Ende des Protocolles so wenig zu befinden ist, als von dessen Vorlesung constirt, da doch die mittelst der Verordnung vom 12. May 1800. promuligirte Instruction für Criminal-Obrigkeiten, Aerzte und Wundärzte, auch Hebammen, im §. 1. ausdrücklich vorschreibt:

„daß die gerichtliche Eröffnung einer Leiche,
„unter der Aufsicht eines verpflichteten Arztes
„und in Gegenwart zweier Gerichtspersonen,
„welche nachher, nebst dem Arzte und Wund-
„arzte, als Zeugen das während der Untersu-
„chung selbst von dem einem derselben geführte
„und in so fern es die medicinischen Wahrneh-

„mungen

„mungen betrifft, vom Arzte dictirte Protocoll „unterschreiben; von einem dazu bestimmten „und beeidigten Wundarzte — vorgenommen „werde.“

So wenig es nun auch, zumal bey der vorwaltenden besonderen Wichtigkeit des Criminalfalles, zu billigen war, daß der untersuchende Richter nicht alle Förmlichkeiten auf das genaueste beobachtet hatte; so konnte dennoch, den eintretenden besondern Umständen nach, aus jenen Vernachlässigungen keine Ungewißheit des Corporis delicti hergeleitet werden.

Der 147ste Artikel der P. G. O. erachtet die ärztliche und gerichtliche Besichtigung der Wunden eines Erschlagenen nur dann für nöthig, wenn man zweifelt, ob er an den Wunden verstorben sey; und wenn gleich nach der Vorschrift der Criminal-Instruction Cap. IV., §. 13., bey gefährlicher Verwundung oder Todtschlage die Inspection der Wunden vorgenommen werden muß; so ist doch darin die Vorschrift, daß die Section unter allen Umständen zu veranstalten sey, nicht enthalten, und gesetzt auch, daß dem angeführten Cap. IV., §. 13. eine andere Deutung zu geben seyn sollte; so wird doch die Sache, durch die vorhin erwähnte Verordnung vom 12. May 1800. als dem neueren Gesetze, völlig ausser Zweifel gesetzt, woselbst es im §. 12. der Instruction heißt:

„Da aber bey weitem nicht in allen Fällen die „äussere Ansicht und Untersuchung hinreicht, so „muß, wo sie nicht volle Befriedigung „und Licht über die Art und Ursache

„des Todes verschafft, zur Oeffnung — „geschritten werden."

Nun aber war der vorliegende Fall von der Art, daß die Section des erschlagenen Otto Desenis, allen vorkommenden Umständen nach, für erforderlich nicht geachtet werden mochte. — Es war zur Zeit der Besichtigung des Körpers bereits bekannt, daß die Kopf-Verletzungen mit einer Axt, also mit einem tödtlichen Instrumente, versetzt waren, welche Thatsache sich dadurch bestätigte, daß die Axt, welche die Inquisitinn als das Mord-Instrument vorgezeigt hatte, mit ihrem Racken gerade in die zerschlagene Schläfe des Ermordeten paßte. Das zerschmetterte Schlafbein, der an der rechten Seite der Hirnschaale befindliche Spalt von 3 Zoll Länge und Gegenspalt von $\frac{1}{2}$ Zoll, die 14 Kopfwunden, welche sich zeigten, ließen dem Arzte und Wundarzte über die absolute Lethalität jener Verletzungen so wenig Zweifel übrig, daß sie selbige, wie das Protocoll besagt, sogleich für schlechterdings tödtlich erklärten, und nachgehends in dem ausgestellten Viso reperto sich dahin äusserten: daß die dem Schädel des Denati zugefügte Gewalt auf vier gesunde Menschen vertheilt, einem jedem Individuo den absoluten Tod gebracht haben würde.

Hierzu kam noch, daß der Erschlagene nicht etwa nach Verlauf mehrerer Zeit an seinen Wunden verstorben war, sondern daß die Inquisitinn bereits eingestanden hatte, daß sie denselben auf der Ruhebank todt geschlagen. Sodann hatte die Delinquentin bereits angegeben, daß der Erschlagene noch am Donnerstag Abend (d. 6. Februar)

das Nachtessen gesund zu sich genommen, und mehrere Einwohner hatten bereits versichert, daß derselbe bis zum Donnerstag fleißig gearbeitet, namentlich, Erde gefahren habe; ein Umstand, welcher gleichfalls die Leichen-Oeffnung um desto weniger erforderlich machte, und endlich trat noch die, wiewol vielleicht minder durchschlagende, Rücksicht hinzu, daß hier von einem homicidio qualificato die Rede war, bey welchem zu Verhängung der Todes-Strafe nicht einst erforderlich seyn mochte:

„ut reus perierit, sed sufficit, conatum ad „actum proximum accessisse, reumque „quantum in ipso fuit, omnia egisse, quae „ad consummationem necessaria erant. „Multo minus itaque, si perierit, circa le„thalitatem vulneris laborandum, si aliun„de ex vulnere de vi illata, unde corpus „delicti supplendum, constat.“ de Boehmer ad Carolinam Art. 147. §. 5.

War nun solchemnach in dem vorliegenden Fall die Leichen-Oeffnung an und für sich nicht nothwendig, und war solches noch dadurch bestätiget, daß Inhalts des Visi reperti die Eingeweide des Denati sich würklich in gesunder Beschaffenheit befunden haben; so konnte es auch keinen wesentlichen Mangel des objectiven Corporis delicti begründen, wenn bey der überflüssigerweise vorgenommenen Section vom untersuchenden Gericht kein besonderes Protocoll geführt worden, und selbiges vielmehr nur dabey stehen geblieben war, die äusserliche Beschaffenheit der Wunden im Protocoll genau zu beschreiben.

Eben so wenig konnte es einen wesentlichen Mangel des Corporis delicti in objectiver Hinsicht begründen, daß das Besichtigungs-Protocoll nicht auch von dem Arzte und Wundarzte als Zeugen unterschrieben worden. Der Grund, warum nach der mehr angeführten Instruction vom 12. May 1800 das Protocoll auch vom Arzte und Wundarzte als Zeugen zu unterschreiben ist, scheint darauf zu beruhen, weil das Protocoll vom Arzte, in so fern es die medicinischen Wahrnehmungen betrifft, dictirt werden soll, diesem also der wesentlichste Einfluß auf die Verfertigung des Protocolls selbst zustehet — ein Grund, der um so mehr wird angenommen werden müssen, als es sonst der Gerichts-Verfassung zuwider ist, daß irgend jemand anders, als die Gerichts-Personen, das Protocoll unterschreiben, vielmehr die Protocolle bey den wichtigsten Handlungen des peinlichen Processes, wie z.B. beym Zeugen-Vernehmungen und articulirten Verhör, lediglich nur durch die Unterschrift der zugegen gewesenen Gerichts-Personen beglaubiget zu werden brauchen.

Da nun aber in dem vorliegenden Fall keine medicinische Wahrnehmungen zu Protocoll genommen waren, indem die in dem Protocoll enthaltene äussere Beschreibung der Wunden ihrer Lage und Zahl, ihrer Länge und Breite nach, dahin nicht gerechnet werden können; so vermochte auch die ermangelnde Unterschrift des Arztes und Wundarztes einen wesentlichen Mangel des Corpus delicti nicht zu begründen. Und so wie einerseits jener Mangel erforderlichen Falls vor Abgebung des peinlichen

lichen Erkenntnisses noch immer hätte ergänzt werden können, so durfte doch andrerseits nicht ausser Acht gelassen werden, daß die in den Gesetzen vorgeschriebene Verfahrungs-Weise bey Feststellung des Corporis delicti, nicht der Zweck selbst, sondern nur Mittel zum Zweck ist, daß es die Absicht jener gesetzlichen Vorschriften ist, dasjenige zu verhüten, was das Corpus delicti zweifelhaft machen könnte, nicht aber, daß die mit einem Verbrechen verpönte gesetzliche Strafe sofort hinwegfallen solle, wenn zwar über die Richtigkeit des Corporis delicti ein vernünftiger Zweifel nicht statt findet, aber die zur genauen Feststellung desselben vorgeschriebenen Förmlichkeiten nicht durchgehends genau beobachtet seyn sollten. Das vernünftige Ermessen des Richters ist dabey so wenig ausgeschlossen, daß vielmehr die moralische Ueberzeugung desselben von der Gewißheit eines begangenen Verbrechens die Hauptsache ausmacht und diese:

nämlich, daß die Ursache des Todes des Otto Desenis in den ihm zugefügten Kopf-Wunden zu setzen sey,

war in dem vorliegenden Fall, allen dabey vorkommenden Umständen nach, in einem Grade vorhanden, wie er zur Verhängung der gesetzlichen Todesstrafe nur immer erforderlich seyn kann.

Was hiernächst 2. die subjective Gewißheit des Corporis delicti betrifft; so kann zwar zuvörderst die subjective Gewißheit eines begangenen Verbrechens, in so fern man dabey den bösen Vorsatz als zum Wesen des Verbrechens erforderlich erachtet, ohne Imputations-Fähigkeit des delinquirenden

renden Subjects überall nicht gedenkbar seyn, und es schienen daher vor allen Dingen diejenigen Momente einer näheren Prüfung zu bedürfen, welche der Defensor zu Begründung seiner Behauptung, daß die Inquisitinn wahnsinnig sey, zusammen gestellt hatte. Da indessen derselbe die Zurechnungsfähigkeit der Inquisitinn selbst zugestehen mußte und nur einen geringern Grad der Imputabilität darzulegen bemühet war, so war dieser ganze Gegenstand mit der Erörterung der Milderungsgründe zu verbinden.

Im Uebrigen aber konnte gegen die subjective Gewißheit des Corporis delicti, nämlich dagegen:

daß die Inquisitinn Urheberin der dem erschlagenen Otto Desenis zugefügten Verletzungen gewesen sey,

ein gegründetes Bedenken nicht obwalten. Die Inquisitinn hatte sich als solche Urheberin, vor gehörig besetztem peinlichem Gerichte, mit gehöriger Willens-Freiheit und Ueberlegung wiederholt und umständlich bekannt, und die Wahrheit ihres Geständnisses ward nicht allein durch die Aussage ihrer Tochter bestätiget, sondern auch durch die übrigen factischen Umstände zum höchsten Grade moralischer Gewißheit erhoben, indem dasjenige, was das untersuchende Gericht bey der Augenscheins-Einnahme befunden hatte, mit den von der Inquisitinn angegebenen Umständen, unter welchen die That von ihr begangen worden, völlig übereinstimmte. In besonderer Berücksichtigung desjenigen, was der Vertheidiger von einem wahnsinnigen Zustande der Inquisitinn angeführt hat, war es erforderlich, jene völlige Uebereinstimmung noch genauer zu prüfen. —

Die

Die Inquisitinn gab an, daß sie den Verstorbenen mit der Axt auf die rechte Schläfe geschlagen, als er auf der linken Seite geruhet — und es hat sich bey der Besichtigung das rechte Schlafbein zerschmettert gefunden. — Die Inquisitinn zeigte eine Axt als das Mordinstrument vor, deren Rücken in die zerschmetterte Schläfe paßte. — Sie gab an, den Ermordeten auf der bey dem Ofen stehenden Schlafbank, auf welcher ein Sack gelegen, erschlagen zu haben und es fanden sich auf dem Fußboden neben dem Ofen und dem Ruhebette große Blutflecken, kleine Blutflecken oben an der Decke des Zimmers und an der Wand, an welcher das Ruhebette stand; auch ward ein blutiger Stock vorgefunden. — Die Delinquentinn sagte ferner aus, daß sie den blutigen Körper unter die Arme gefaßt und in die kleine Küche geschleppt — und es fanden sich an der Bekleidung der Stubenthür, in einer Höhe von 4 Fuß 9 Zoll, und an der Thürfüllung in einer Höhe von 5 Fuß 3 Zoll, auswärts nach der Diele zu, breite Spuren von Blut, die nicht angesprützt, sondern davon herzurühren schienen, daß ein blutiger Körper in einiger Höhe an der Thür hergezogen worden. — Die Inquisitinn gestand ferner, den todten Körper des Nachts im Stroh in der alten Küche verborgen zu haben — und es ward daselbst Stroh vorgefunden, welches noch naß und mit vielem geronnenen Blute beschmutzt war. — Die Inquisitinn zeigte ein neben der Küche befindliches dunkles Loch als das Grab des Erschlagenen an — und der Ermordete ward daselbst wirklich gefunden. — Sie wollte die Maaße zum Grabe mit einem alten Sensen-

baum

baum genommen haben — und es fand sich ein solcher in der alten Küche wirklich vor. — Sie gab an, daß zur Verfertigung des Grabes zwey Grabe-Schaufeln gebraucht worden — und es fanden sich zwey Grabeschaufeln, an deren Stielen, und zwar da, wo der Arbeiter die Hände anlegen muß, Blutflecken sichtbar waren. — Letztlich hatte die Inquisitinn am Tage ihrer Arretirung ihren Verwandten durch den Pförtner die Anweisung geben lassen, daß des Erschlagenen Hut unter dem Stroh einer ledigen Bettstelle, dessen Sonntags-Rock aber in einem Ascher-Loche versteckt sey, welches denn auch von den Verwandten, Inhalts ihrer Aussage, also befunden worden ist, wiewol die Stiefel, welche, nach der von der Inquisitinn gegebenen Anweisung, im Hofe an der Aue sich haben finden sollen, daselbst nicht haben aufgefunden werden können, und wahrscheinlich auf eine oder die andere Weise abhanden gekommen seyn mögen.

Alles traf folglich zusammen, die Wahrheit des von der Inquisitinn abgelegten Bekenntnisses zu bestärken, und es konnte daher mit völliger Gewißheit angenommen werden, daß das zu bestrafende Verbrechen von ihr wirklich begangen worden sey.

Wenn nun III. der Begriff und die Strafbarkeit dieses Verbrechens festzusetzen war; so ergab das mehrmals wiederholte Geständniß der Inquisitinn, daß sie Nachmittags um 4 Uhr bey sich fest beschlossen, ihren des Tages über abwesend gewesenen Ehemann des Abends umzubringen; daß sie ihn in Gemäßheit dieses Vorsatzes, nach seiner erfolgten Zuhausekunft, ohne sich durch die Gegenvorstel-

vorstellungen ihrer Tochter abhalten zu lassen, und ohne daß ein weiterer Streit vorgefallen, die Zeit vielmehr bey der Abend-Mahlzeit in gleichgültigen Gesprächen verflossen — Abends 9 Uhr im Schlafe mit der Axt mehrere Male auf den Kopf und todt geschlagen.

Es begründet dieses Geständniß das Verbrechen eines aus prämeditirter Absicht und mit besonderer Geflissenheit begangenen qualificirten Todtschlages, — eines Mordes im eigentlichen Sinne des Worts; und führt überdem noch das Verbrechen eines paricidii im allgemeinen Sinne mit sich.

Quod denotat homicidium in personas, sanguine, affinitate, aut conjugio proxime conjunctas admissum.

Meister. principia juris criminalis. §. 161.

In Ermangelung eines besondern Territorial-Straf-Gesetzes muß bey Bestimmung der Strafe der 137ste Artikel der peinlichen Gerichts-Ordnung zum Grunde gelegt wrrden, welcher wörtlich also lautet:

Item ein jeder Mörder oder Todtschläger, wo er deshalb nit rechtmäßig Entschuldigung ausführen kann, hat das Leben verwürkt. Aber nach Gewohnheit etlicher Gegend werden die fürsätzlichen Mörder und die Todtschläger einander gleich mit dem Rad gericht, darinnen soll Underscheyd gehalten werden, und also, daß der Gewohnheit nach, ein fürsätzlicher muthwilliger Mörder mit dem Rade, vnd ein ander, der ein Todtschlag, oder auß geeheyt und Zorn gethan, vnd sunst

auch

auch gemelte entschuldigung nit hat, mit dem Schwert vom Leben zum Todt gestrafft werden sollen, und man mag ein fürgesetzten Mordt, so der an hohen hohen trefflichen Personen des Thetters eigen Herrn, zwischen Eheleuten oder nahen gesipten Freunden geschicht, durch etlich leibstraff als mit Zangen reissenn oder außschleiffung vor der entlichen Tödtung umb größer Forcht willen die straff meren.

Bey der Gewißheit des hier zum Grunde liegenden fürsätzlichen muthwilligen Mordes, mußte daher, nach dem Buchstaben des Gesetzes, die Inquisitinn die Strafe des Rades, und zwar, bey der zwischen ihr und dem Ermordeten vorhanden gewesenen ehelichen Verbindung, mit einiger Schärfung treffen, und es war nur noch zu untersuchen, ob nicht besondere Milderungs = Gründe vorhanden seyen, welche die Schärfe des Gesetzes in seiner völligen Ausdehnung unanwendbar machen.

Wenn zuvörderst der 137ste Artikel peinlicher Gerichts = Ordnung die bestimmte Strafe nur dann angewandt wissen will:

„wo der Mörder oder Todtschläger deßhalb nit „rechtmäßig entschuldigung ausführen kann:

so hat, wie die folgenden Artikel ergeben, der Gesetzgeber darunter den Fall einer rechtmäßigen Nothwehr vor Augen gehabt. Diese war indessen in dem vorliegenden Fall so wenig zu befinden, daß das in Rede stehende Verbrechen auch nicht einmal als ein Excess in gebrauchter Nothwehr betrachtet werden konnte.

Eine gegründete Nothwehr setzt zum voraus:

1. den unvermutheten und unrechtmäßiger Weise geschehenen Anfall.

2. die größte und bereits gegenwärtige Gefahr, die bey einem solchen Anfall entweder dem Leben, dem Leibe, oder der Ehre und den Gütern des Angefallenen drohet.

3. Eine solche Gefahr, die nicht anders, als mit der Entleibung des Anfallenden abgewandt werden kann.

Quistorp's peinliches Recht, Theil 1., §. 238.

Ad. 1. war in dem vorliegenden Fall überall kein Anfall, mithin auch kein unrechtmäßiger und unvermutheter, zu befinden. Es hatte am Mittage des 6ten Februars nur ein häuslicher Zank unter den Desenisschen Eheleuten Statt gehabt, bey welchem es überall zu keinen Thätlichkeiten kam.

Ad. 2. konnte eine gegenwärtige Lebensgefahr durch die angeblich von dem Erschlagenen gegen die Inquisitinn gemachte Aeusserung:

„Sie solle nicht lebendig bleiben, er wolle sie „aufhängen, ihr jüngster Tag solle seyn, dazu „könne sie sich verlassen,"

überall nicht begründet werden. Ohne allen wirklichen Angriff, ohne die geringste Vorbereitung zur Vollführung der geschehenen Drohung, blieb der Erschlagene nicht etwa im Hause, sondern zog mit seinen Pferden zur Land-Arbeit.

Periculum autem praesens vitae non oritur ex minis, per sola verba factis, praeterquam

cum

cum seria praeparatione statim instantis impetus periculosi conjunctis.

Meister. principia juris criminalis. §. 147. de Boehmer ad Carolinam Art. 140. §. 1.

Ueberdem konnte der Inquisitinn nach erfolgter Zurückkunft des Ermordeten keine Furcht mehr beywohnen, daß die eingetretenen Drohungen würden erfüllt werden; denn es fiel am Abend des 6. Febr. überall keine unwillige Aeusserung abseiten des Otto Desenis weiter vor; er hatte einen Fremden, den Taglöhner, der mit ihm gearbeitet hatte, mit zu Tische gebracht; das Abendessen ward unter gleichgültigen Gesprächen vom Kriege und Hamburg verzehrt, und nach einer gerauchten Pfeife Taback schlief der Erschlagene auf der Ruhebank an der Seite seines fünfjährigen Sohnes, sorgenlos ein. — Ja — die Inquisitinn hat selbst angegeben, daß ihr Ehemann sie einstens bedrohet habe, ihr den Hals auf dem Hackeklotz abhauen zu wollen, und konnte immerhin veranlaßt werden, von jener unerfüllt gebliebenen Drohung einen Schluß auf die wenige Ernstlichkeit solcher und ähnlicher Drohungen zu machen.

Ad. 3. ist die (eigentlich nicht einmal vorhandene) Gefahr eben so wenig von der Art gewesen, daß sie nicht anders, als mit der Entleibung des Anfallenden, hätte abgewandt werden können. War Inquisitinn würklich für ihr Leben besorgt, so hatte sie während der mehrstündigen Abwesenheit ihres Mannes die völligste Zeit, den Schutz der mit ihr an Einem Orte wohnenden Obrigkeit zu reclamiren.

miren. Schon dieser Umstand mußte dem Vorwande der Inquisitinn:

daß sie bey Nacht nicht hätte fliehen können, allen Werth entziehen, und er zeigte sich noch unerheblicher, wenn man erwog, wie wahrscheinlich es aus dem Benehmen des Otto Desenis wurde, daß er die am Mittage ausgestoßene Drohung am Abend schon wieder vergessen hatte. Solchemnach blieb jede Entschuldigung, welche für die Delinquentinn aus einer Nothwehr hätte hergeleitet werden können, durchaus unerfindlich, und alle Umstände waren einer solchen Entschuldigung in der Maaße entgegen, daß man kaum glauben konnte, daß die Inquisitinn es mit diesem Einwande ernstlich gemeint habe, vielmehr geneigter seyn mußte, anzunehmen, daß der von der Arrestantinn gefaßte Mordanschlag in einem gegen ihren Ehemann gefaßten Haß und Widerwillen seinen eigentlichen und wahren Grund gehabt habe, wie sie denn auch im summarischen Verhör vom 13ten Februar das Motiv der Handlung selbst dahin angab:

„der vielen Zänkereien wegen, die unter ihnen „beiden vorgefallen, habe sie solches gethan, be„sonders aber weil ihr weiland Ehemann an sei„nem Todestage geäussert, heute Abend solle ihr „jüngster Tag seyn.“

und im summarischen Verhör vom 26sten Februar bemerkte sie:

„daß sie seit $2\frac{1}{2}$ Jahren für ihren Ehemann Haß „hegen müssen.“

Eine andere Ansicht mußte jedoch die That gewinnen, wenn die Inquisitinn wirklich bey deren

Voll-

Vollführung in einem wahnsinnigen oder wenigstens solchen Zustande sich befunden gehabt hätte, der sie unfähig machte, mit völliger Ueberlegung zu handeln. Ihr Vertheidiger stellte vor, daß sie sich in dem Zustande einer verdeckten Manie befunden haben müsse, weil sonst alle ihre Handlungen in psychologischer Hinsicht als durchaus unerklärbar erschienen; und er glaubte, daß dieser krankhafte Zustand der verdeckten Manie durch die steten Mißhandlungen entstanden sey, welche die Inquisitinn von ihrem Ehemann unschuldigerweise erlitten habe.

Da der Defensor den wahnsinnigen Zustand der Delinquentinn nicht aus äusserlichen Erscheinungen, nicht aus krankhafter Körper-Beschaffenheit, nicht aus dem Verhalten der Inquisitinn in ihrem häuslichen Leben, auch nicht aus solchen Handlungen herleiten wollte, die, ohne mit der begangenen That in einiger Verbindung zu stehen, auf einen verwirrten Gemüths-Zustand könnten schliessen lassen; — sondern vielmehr den wahnsinnigen Zustand aus der That selbst, und zwar nicht aus physiologischen, sondern aus psychologischen Gründen zu demonstriren gesucht hatte; so konnte man sich überall nicht veranlaßt finden, die Arzney-Gelahrtheit durch ein zu forderndes ärztliches Gutachten zu Rathe zu ziehen, vielmehr konnte die Richtigkeit der vom Vertheidiger gezogenen Schlußfolgen von keinem andern als vom Richter selbst geprüft werden, da es hier nicht auf die Anwendung wissenschaftlicher Grundsätze aus dem Gebiete fremder Erudition, sondern nur auf die Anwendung gewöhnlicher Urtheilskraft ankam.

Es schien die Absicht des Vertheidigers nur dahin zu gehen, durch die der Delinquentinn beigelegte verdeckte Manie, im Allgemeinen genommen, einen krankhaften Zustand ihrer Seele anzudeuten, welcher die willensfreie Herrschaft über ihre Handlungen beschränkte, und von mehreren Philosophen mit dem Namen eines moralischen Wahnsinns belegt wird.

Cicero disputationes tusculanae. Lib. III., Cap. V. Arnold Beobachtungen über den Wahnsinn. Th. I. S. 80.

Es mag nun an und für sich nicht zu bezweifeln stehen, daß die Verrückung auch in psychologischen Ursachen ihren Grund haben kann,

Maaß Versuch über die Einbildungskraft. §. 73. S. 265.

und daß alle Leidenschaften, namentlich Haß und Rachgier, jene Verrückung hervorbringen können.

Muratori über die Einbildungskraft, mit Zusätzen von Richerz. S. 54.

Insbesondere soll die Raserey manche seltsame Erscheinung mit dem Zorne gemein haben,

Muratori a. a. O. S. 75.

und kommen manche Zustände des Menschen der Verrückung so nahe, und sind ihr so sehr ähnlich, daß mit allen Bestimmungen die Gränzen beider nie genau angegeben werden können.

Muratori a. a. O. S. 27.

Insbesondere will der englische Arzt Arnold (a. a. O. Th. I. S. 91.) die Erfahrung gemacht haben,

haben, daß Personen von geringem Genie und schwacher Beurtheilungskraft (zu denen die Inquisitinn, Inhalts des Zeugnisses ihres ehemaligen Lehrers, gehören mögte,) allen Arten von Wahnsinn in Rücksicht auf die Begriffe, wenn gewisse Umstände mitwürken, vorzüglich unterworfen sind.

Allein so wenig eine jede Verderbniß des Willens moralischer Wahnsinn ist,

Arnold vom Wahnsinn Theil I. S. 62.

so wenig kann es erlaubt seyn, von der Möglichkeit auf die Würklichkeit zu schließen. — In dem ganzen Benehmen der Inquisitinn war nirgends ein Umstand wahrzunehmen, der auf Wahnsinn, oder einen ähnlichen Zustand der Verwirrung schließen ließe. Zwar bezeugte ihr gewesener Lehrer, daß die Inquisitinn bey dem Schulunterrichte ungemein schwache Geistes-Fähigkeiten gezeigt habe; allein keiner der über ihre Persönlichkeit vernommenen mehreren Personen und Nachbarn, haben der Delinquentinn eine Verstandesverwirrung beygemessen; und der Pastor Ohly, der sich als ein eifriger Vertheidiger der Inquisitinn darstellt, sagte nur:

„daß unaufhörliche Mißhandlungen auch das sanf-
„teste Geschöpf bis zum Wahnsinn hinführen
„könnten.“

Nie hat sich Inquisitinn auf eine Verstandesverwirrung berufen, sie war vielmehr im Stande, die kleinsten, die That begleitenden Umstände anzugeben, deren Richtigkeit durch die Augenscheins-Einnahme verbürgt ist, woraus mit Recht geschlos-

sen

sen werden konnte, daß sie sich bey Vollführung der That überall nicht in dem Zustande einer heftigen Leidenschaft oder würklichen Verstandesverwirrung befunden, vielmehr schien sie dabey mit seltener Kaltblütigkeit und einem beharrlichen Vorsatze verfahren zu seyn. Ihrem eigenen Anführen nach hat sie gleich nach der That, und an den zunächst darauf folgenden Tagen, ihre häuslichen Geschäfte wieder besorgt, und diejenigen, welche bey der Arbeit gemeinschaftlich mit ihr beschäftiget waren, haben überall keine Unruhe an ihr bemerkt; sie hat, um ihrem Vorgeben, daß ihr Mann abwesend sey, desto grössere Wahrscheinlichkeit zu geben, seinen besten Hut, Sonntags-Rock und Stiefeln verborgen gehalten, und eingestanden, den Versuch des Ersäufens um deswillen gemacht zu haben:

weil ihr Gewissen ihr gesagt, sie komme nicht mit dem Leben davon.

Niemals wird auf ein solches Benehmen der Begriff des Wahnsinns passen, welcher von

Metzger in der gerichtlichen Arzney-Wissenschaft §. 406. S. 366.

dahin angegeben wird:

„daß es derjenige krankhafte Zustand der Seele „ist, in welchem dieselbe ihre Kräfte zur Auf„nahme, Aufbewahrung, Zusammensetzung und „Vergleichung der Begriffe anzuwenden ausser „Stande, und die Harmonie derselben gestört „ist.“

Vergebens berief sich daher auch Defensor auf den in

Kleins Annalen der Preußischen Gesetzgebung, Theil 8. Nro. 6.

vorkommenden Fall eines parricidii, und das darin angezogene Gutachten des Professor Behrens. Hier war parricida ein Vater, dessen körperlicher physischer Gesundheits-Zustand durch übermäßigen Genuß hitziger Getränke zerrüttet war, der aus Jähheit und Zorn, zu einer Zeit, wie er zu viel hitzige Getränke zu sich genommen, seinen Sohn durch einen Messerstich in einem mit ihm gehabten Streite ganz unabsichtlich tödtete, und nur von einem solchen Falle bezeugt der Professor Behrens in dem abgedruckten Gutachten, daß auch ein geringerer Grad der Manie, wenn physische Ursachen erwiesen werden könnten, zu gewissen Zeiten, und wenn äussere erregende Ursachen hinzukommen, einen solchen Menschen des freien Gebrauchs seiner Vernunft unfähig machen müssen. Von dem Allen war aber in dem vorliegenden Falle durchaus nichts zu befinden. Daß die Inquisitinn unvorsichtig genug war, ihre 13jährige Tochter zur Mitwisserinn ihrer Unthat zu machen; daß sie nicht die Wahrscheinlichkeit der künftigen Entdeckung vorher berechnete; daß sie überhaupt nicht bey der Sache mit mehrerer Circumspection zu Werke ging, dieß erklärt sich sattsam aus dem Zeugniß des Schullehrers, nach welchem die Delinquentinn sich bey dem Schulunterricht an Geistes-Kräften ungemein schwach gezeigt haben soll, und die in jenem Zeugnisse der Inquisitinn beigelegte Schläfrigkeit und Trägheit hat sich auch bey Vollführung der That selbst nicht verläugnet, indem (welches doch am natürlichsten ge-

wesen seyn würde) die Beerdigung des Erschlagenen von der Delinquentinn nicht sofort in der nämlichen Nacht veranstaltet wurde, welche Statt dessen der Sache bis zum andern Morgen Aufschub gab, zu Bette ging und den Leichnam im Stroh liegen ließ! — Endlich war auch die ganze That der Inquisitinn in psychologischer Hinsicht nicht so unerklärbar, wie der Defensor vermeinte; da die Delinquentinn selbst aussagte, daß sie seit 2½ Jahren gegen ihren Ehemann Haß gehegt, weil sie die von ihm erhaltene üble Begegnung, Schläge und Mißhandlung nicht verdient habe. Daß aber ein mehrere Jahre hindurch gehegter Haß, der durch täglichen häuslichen Unfrieden, durch Schläge uud üble Begegnungen, stete Nahrung gehabt, zuletzt seine Explosionen in einem schwarzen Verbrechen an den Tag legen könne, wird, zumal bey ungebildeten Personen aus den niedern Volksclassen, so leicht niemand bezweifeln.

So wenig daher, allen eintretenden Umständen nach, ein wahnsinniger Zustand der Inquisitinn angenommen werden konnte, so wenig vermochten auch ihre geringen Verstandes-Kräfte einen Milderungs-Grund für sie abzugeben, in Betracht, daß hier von einem Verbrechen die Rede ist, von dem man nicht nöthig hat, durch Motive abgehalten zu werden, die einer größeren Ausbildung des Verstandes ihr Daseyn verdanken, sondern von dem schon ein Mensch mit geringern Verstandeskräften sich abgehalten fühlen muß. Das Gesetz, daß die Ehefrau ihren Ehemann nicht todtschlagen soll, kann zu denjenigen gezählt werden, von denen Cicero in Oratione pro Milone Cap. IV. sagt:

est haec non scripta sed nata lex, quam non didicimus, accepimus, legimus: verum ex natura ipsa arripuimus, hausimus expressimus,

und die Inquisitinn selbst hat gestanden, wie sie wisse, daß Todtschlag verboten sey.

Dahingegen konnte allerdings die Untersuchung der Frage:

ob nicht in den häuslichen Verhältnissen, worinn die Inquisitinn gelebt, einige Gründe für die Milderung der Strafe aufzufinden seyen?

ein günstigeres Resultat für die Delinquentinn hervorbringen.

Von der einen Seite war es zwar nach der Aussage der vernommenen Hausnachbarn sehr wahrscheinlich, daß sie ihrem Ehemanne durch Verschwendung und Veruntreuung, durch Trägheit und Unrechtlichkeit (der Erschlagene hatte sich einst gegen seine Nachbarn beschwert, daß er nicht einmal ein von Ungeziefer reines Haus habe) zu gerechten Beschwerden Veranlassung gegeben; von der andern Seite war es indessen auch nicht unwahrscheinlich, daß der Denatus gegen die Inquisitinn in der Ausübung seiner maritalen Gewalt und dem ihm zustehenden Rechte einer mäßigen Züchtigung excedirt haben müsse, da man die Angabe der Inquisitinn: daß ihr Rücken fast beständig pechschwarz von erhaltenen Schlägen gewesen sey, nicht sehr übertrieben finden konnte, wenn man damit die Aeusserung eines Nachbars in Verbindung setzte, welcher in dem Desenischen Hause häufigen Umgang gehabt und welcher bezeugt hat:

daß

daß Desenis seine Frau sehr oft geschlagen, daß er sie besonders seit drey Jahren oft mißhandelt habe.

Ausserdem war es nicht zu bezweifeln, daß der Erschlagene sich einer schnöden und gesetzwidrigen Behandlung der Eltern der Inquisitinn schuldig gemacht hatte, indem die Klagen, welche diese darüber im Verfolge der Untersuchung führte, durch die Aussage des Amtsvoigts bestätiget wurden, nach welcher Desenis seinen Schwiegervater, einen Greis von 76 Jahren, im Sommer 1805 nicht nur aus dem Hause auf die Miste gestoßen, wo dieser hingefallen, sondern ihn auch an einem Herbst-Abend aus der Stube geworfen haben soll.

Endlich mußte in Rücksicht auf das Verhältniß der Inquisitinn zu ihrem Ehemann und ihr häusliches Benehmen, billig noch in besondern Betracht gezogen werden, daß die Güter lediglich von ihr herrührten, sie mithin wohl geglaubt haben mag, daß ihr Ehemann sie zur Wirthschaftlichkeit mit Strenge anzuhalten nicht berechtiget sey, daß das Haus, worinn sie so oft geschlagen und mißhandelt, ihren alten Eltern aber schnöde und schlecht begegnet ward, ihr alleiniges Erbtheil war; daß der Urheber der ihr so häufig wiederfahrenen Züchtigungen nur durch sie allein und durch die mit ihm freiwillig und aus Liebe eingegangene eheliche Verbindung, Rechte auf ihre Güter erhalten hatte, und daß endlich die Inquisitinn, nach dem Zeugniß des Pastors Ohly, einen biegsamen, sanften und gefälligen Charakter haben soll. Hiernach konnte es nicht befremdlich seyn, wenn sie durch die erhal-

tenen

tenen häufigen Züchtigungen und durch die ihren alten Eltern wiederfahrne schlechte Begegnung sich gekränkt fühlte; wenn das Gefühl der Kränkung sich durch anhaltende Dauer in Haß verwandelte; und es ward nach allen diesen Umständen erklärbar, wie dieser Haß, dem durch täglichen Unfrieden stets neue Nahrung zugeführt ward, endlich in ein Capital-Verbrechen ausbrechen konnte.

Wenn daher gleich die Inquisitinn von der Todesstrafe nicht freigesprochen werden konnte; so war sie doch mit der bey dem Mariticidio sonst nach den Gesetzen erforderlichen Schärfung der Strafe des Rades nicht nur billig zu verschonen, sondern der Richter gestattete auch den so eben dargelegten Rücksichten keinen zu großen mildernden Einfluß, wenn er der unglücklichen Inquisitinn noch eine weitere Milderung dahin angedeihen ließ, daß er, statt auf die Strafe des Rades zu erkennen, die Delinquentinn zum Schwerdt dergestalt verurtheilte, daß der Körper demnächst auf's Rad geflochten werde.

Dahin wurde denn auch das peinliche Urtheil von der Hannöverschen Justizcanzley gerichtet, die Inquisitinn aber von dem Könige von Preußen begnadigt, und, wie das königliche Rescript an den Staatsminister von Ingersleben d. d. Charlottenburg den 20. Sept. 1806 lautet, das Todesurtheil dahin abgeändert, daß die Verbrecherin mit der Todesstrafe verschont und dagegen lebenslänglich in ein Zuchthaus eingesperrt werden soll.

XXV.

XXV.

Ueber den Rechtsgrund und die Erfordernisse eines gezwungenen Nachlasses im Concurse.

Mit seinen Gläubigern accordiren kann man unter allen Umständen; nie leichter wird man aber etwas abhandeln können, als wenn sie ohnehin vermuthen, daß sie auf alle Fälle nicht Alles erhalten werden, also wenn der Concurs vor der Thür ist.

Ein Concurs kann nun dadurch abgewendet oder auch beendiget werden, daß die Gläubiger sich mit einem Theile ihrer Forderungen begnügen, und das Uebrige dem Schuldner erlassen. Dieses kann überall kein Bedenken haben, wenn es von den Gläubigern freiwillig geschieht. Ob nun gleich die Gesetze von einem unfreiwilligem Erlasse nur in Beziehung auf den Fall, wenn ein Erbe darüber mit den Erbschaftsgläubigern unterhandelt, reden, a), und vielleicht sogar darauf zu beschränken

a) l. 7, §. 17. D. de pactis: „Si ante aditam hereditatem pasciscatur quis cum creditoribus, ut minus solvatur, pactum valiturum est.“ §. 19.: Hodie tamen ita demum pactio huiusmodi debitoribus obest. etc. Vergl. l. 58. §. 1. D. Mandati.

sind, wenn zwar die Frage: ob etwas zu erlassen sey? von allen Gläubigern bejahet, über die Quantität aber Streit ist b); so hat doch die Praxis ihnen eine allgemeine Anwendung gegeben, und den Grundsatz aufgestellt, daß ein Nachlaßvertrag auch bey nicht einstimmiger Bewilligung von allen Gläubigern durch gerichtliche Abschließung auf vorhergegangene Zusammenberufung aller Gläubiger wider die sich weigernden chirographarischen Creditoren durch Majorität der Stimmen geltend gemacht werden könne c).

Sollte diese große Milde gegen den Schuldner nicht wahre Härte gegen den Gläubiger seyn? An die Stelle des ganz besondern Grundes, damit eine Verlassenschaft nicht ohne Erben, der letzte Wille eines Verstorbenen nicht unerfüllt bleibe, hat der Gerichtsgebrauch ein allgemeines Mitleiden mit dem bedrängten Schuldner gesetzt, für den übrigens das Gesetz durch das flebile beneficium cessionis bonorum schon so weit gesorgt hat, als es mit der pflichtmäßigen Achtung der Rechte der Gläubiger zu vereinigen steht, der dilatorischen Verträge und Moratorien nicht zu gedenken. Es bleibt aber immer eine sehr willkührliche Verfügung über das Eigenthum der Unterthanen, wenn das Gesetz jemanden nöthigt, sich durch Dritte, welche zufälliger

b) l. 7. §. 19. D. eod.: „Si convenerint in unum et communi consensu declaraverint, quota parte debiti contenti sint: Si vero dissentiant, tunc praetoris partes necessariae sunt, qui decreto suo sequetur majoris partis voluntatem.“

c) Martin Proceß §. 269. u. die das. angeführten Schriftst.

ger Weise mit ihm einen Schuldner haben, einen Theil dessen, was er rechtmäßig zu fordern hat, abstimmen zu lassen, und eine solche Verfügung müßte jederzeit vielmehr eingeschränkt, als ausgedehnt werden. Sollte daher auch das hier zum Grunde liegende Gesetz über den besondern Fall, welchen es bezielt, hinaus erstreckt werden; so müßte dabey wenigstens immer die Rücksicht auf den Vortheil nicht allein des Schuldners, sondern auch der Gläubiger den Richter leiten, und nie ein Zwang statt finden, wo es nur darauf ankömmt, jenem einen Theil seines Vermögens zu retten. Dieß aber wird bey der Allgemeinheit des durch die Praxis angenommenen Grundsatzes sehr oft der Fall seyn.

Zwar suchen diejenigen Rechtsgelehrten, welche den Werth dieser durch den Gerichtsgebrauch eingeführten, in der That gesetzlich nicht begründeten Rechtswohlthat zu würdigen verstehen, deren Anwendung möglichst zu beschränken, indem sie dieselbe eines Theils nur solchen Schuldnern einräumen, welche beweisen können, daß sie durch Unglücksfälle in Verfall ihres Vermögens gekommen sind, und andern Theils nur dann statt finden lassen, wenn der Schuldner in einem solchen Zustande sich befindet, daß er seine Gläubiger nicht mehr von seinem bereits vorhandenen Vermögen befriedigen kann d). Aber die Erfahrung lehrt, wie wenig genau es mit jenem Beweise genommen zu wer-

d) Dabelow Versuch einer ausführl. systemat. Entwickelung der Lehre vom Concurse Th. 3. §. 332. 333. Vergl. §. 330. Dess. Ausführl. Entwickel. der Lehre vom Concurse der Gläubiger S. 560.

werden pflegt, und wie oft wiederholte Accorde, besonders unter Kaufleuten, Mittel sind, den Schuldner auf Kosten seiner Gläubiger zu bereichern.

Die preußische Gesetzgebung sucht einen solchen Mißbrauch sehr zweckmäßig zu vermeiden, und die Sorge für den verschuldeten Bürger mit der pflichtmäßigen Handhabung der Rechte des redlichen Gläubigers zu vereinigen. Mag jener immerhin es versuchen, durch Privatunterhandlungen mit seinen Gläubigern Zahlungsfristen, Nachlaß, terminliche Zahlung u. s. w. auszuwirken und dadurch den Concurs abzuwenden. Das Gericht verwendet sich sogar für ihn, wenn seine Vorschläge nicht verwerflich sind, aber es unterstützt ihn nicht mit seiner Autorität und zwingt keinen Gläubiger zu irgend einer Nachgiebigkeit, selbst wenn die Mehrheit der Andern sich freiwillig dazu geneigt erklärt. Kein Gläubiger darf genöthiget werden, solchen Vergleichsvorschlägen eines zum Concurs qualificirten Schuldners wider seinen Willen Gehör zu geben, welche blos dahin abzielen, daß er demselben an seiner Forderung etwas erlassen, dem wohlerworbenen Rechte, sich deshalb an das gegenwärtige bereite Vermögen des Schuldners zu halten, entsagen, sich mit Bezahlung der offerirten Procente auf eine oft ungewisse Zukunft verweisen lassen, und solchergestalt mit seinem eigenen noch größeren Verlust, den Vortheil des Schuldners befördern solle, allermaaßen zu Handlungen des Mitleidens und der Freigebigkeit niemand, weder durch bürgerliche Gesetze,

noch

noch durch das Beispiel Anderer, gezwungen werden kann. e)

Wenn aber ein Dritter, er sey Mitgläubiger oder nicht, für den Gemeinschuldner und zum Besten desselben sich in's Mittel schlägt, und angemessene Vergleichsvorschläge macht; so soll auf selbige, um des eigenen Interesse der Gläubiger willen, Rücksicht genommen werden.

Sie müssen aber:

1) mit gehöriger Rücksicht auf die Beschaffenheit und den wahrscheinlichen Ertrag der Activmasse eingerichtet seyn;

2) mit den Forderungen der Gläubiger, und den verschiedenen Graden der Priorität, welche denselben nach ihrer Qualität von den Gesetzen bestimmt werden, im Verhältnisse stehen;

3) es muß klar oder wenigstens höchst wahrscheinlich seyn, daß die Gläubiger auf diesem Wege des Vergleichs zu ihrer Bezahlung leichter und früher gelangen werden, als wenn die Sache im Wege des Concurses weiter fortgesetzt werden sollte.

Wenn nun der größere Theil der Gläubiger die Vergleichsvorschläge nach diesen Grundsätzen eingerichtet findet, und sie daher annehmen will; so ist der mindere Theil derselben beyzutreten schuldig, weil nicht gestattet werden kann, daß einige wenige Gläubiger durch ihren auf bloßen Eigensinn, Unverstand, oder uner-

e) Preuß. Proceßordnung. Tit. 49. §. 1 — 5. Tit. 50. §. 589.

unerlaubte Nebenabsichten gegründeten Widerspruch, den übrigen Nachtheil zufügen, und sie nöthigen sollten, ihre Befriedigung, die sie durch den angebotenen Vergleich erhalten könnten, erst auf den Ausschlag eines weitläuftigen und kostbaren Concursprocesses ankommen zu lassen. f).

Dieß ist der einzige Gesichtspunct, aus welchem auch die besondere Verordnung des römischen Rechts in Concursen überhaupt analogisch angewendet werden sollte. Die nicht zu verkennenden Gründe jener Verordnung passen auf den Fall, wo Vorschläge der eben beschriebenen Art, es sey von dem Schuldner selbst oder von einem Dritten g), gemacht

f) Preuß. Proceßordnung Tit. 50. §. 590. 591. 592.

g) Daß sie gerade von einem Dritten herrühren müssen, wie die Preuß. Proceßordnung will, scheint nicht nothwendig zu seyn. Mehr Gewißheit erhält man dadurch nicht, daß der Schuldner nicht blos zu seinem Vortheil einen Nachlaß zu erlangen suche. Denn wie leicht kann in diesem Fall ein Dritter gewonnen werden, um seinen Namen zu den gerichtlichen Nachlaßunterhandlungen herzugeben? Sind diese den Umständen nach überhaupt zulässig und sind die Vorschläge angemessen; so ist es gleichgültig, wer sie macht. Es ist genug, wenn', dem Gesetze gemäß, die Vorschläge des Schuldners unberücksichtigt bleiben, welche blos sein eigenes Interesse zur Absicht haben und die Gläubiger zu Remissionen von ihren rechtmäßigen Forderungen vermögen sollen, damit der Schuldner auf ihre Kosten seine verfallenen Umstände wieder herstellen könne.

gemacht werden, vollkommen. Die Gründe des römischen Rechts hat Voetius h) trefflich entwickelt und mit seiner Ansicht trifft die des preußischen Gesetzgebers völlig zusammen. „Quodsi, sagt er, defuncto debitore, haeres adire hereditatem detrectet, nisi remissa quadam debiti parte, si quidem pars major in certae quantitatis remissionem consenserit, minor pars sequi debebit partis majoris consensum. Nisi enim hoc casu pars major ad se trahet partem minorem, esset in potestate pauciorum, quorum minus interest, pluribus, quorum magis interest, nocere, in quantum herede hereditatem repudiante, ipsa pars major defraudaretur potestate conveniendi debitorem suum, propter pauciorum imprudentem saepe dissensum, quibus heres in solidum obstingendus ab aditione absterreretur.“ Nur also da, wo derselbe oder ein ähnlicher Grund eintritt, nur, wenn die Majorität durch die Minorität um eine gewisse gegenwärtige Befriedigung gebracht, und auf eine, vielleicht vollständigere, aber erst künftige und ungewisse, zu warten genöthiget werden sollte, kann ein gezwungener Nachlaß durch die Analogie des Gesetzes gerechtfertiget werden.

h) Comment. ad Pand. lib. 2. tit. 14. §. 24.

XXVI.

Kömmt der gezwungene Nachlaß auch dem Bürgen zu statten?

Was ein Gläubiger seinem Schuldner freiwillig überläßt, kann er nicht von dem Bürgen fordern, weil dieser natürlicher Weise für das nicht haftet, was jener mit seinem guten Willen a) oder durch seine eigene Schuld b) verliert.

Anders scheint es sich bey dem gezwungenen Nachlaß zu verhalten, wo es weder an dem Willen noch an der Schuld des Gläubigers liegt, daß er weniger erhält, als er zu fordern hat. Da indessen von dem Bürgen der Regel nach alle Einreden, die der Schuldner hat, gebraucht werden kön-

a) l. 68. §. 2. D. de fideiuss.: „Non possunt conveniri fideiussores, liberato reo transactione.“ l. 58. §. 1. D. Mandati.

b) l. 95. §. 11. D. de liberat.: „Si creditor a debitore culpa sua ceciderit: prope est, ut actione mandati nihil a mandatore consequi debeat; cum ipsius vitio acciderit, ne mandatori possit actionibus cedere.“

können, dieser aber, sobald ein Nachlaß rechtmäßig zu Stande gebracht ist, jeden Bürgen, der mehr, als die herabgesetzte Schuld beträgt, fordert, mit der aus dem Nachlaßvertrage oder dem gerichtlichen Decrete herrührenden Einrede zurückweisen kann; so ist, soll anders die aufgeworfene Frage gründlich beantwortet werden, vor allen Dingen zu untersuchen: ob überhaupt ein mit einem Bürgen versehener Gläubiger zu einem Nachlasse gezwungen werden könne?

Erst wenn diese Vorfrage erlediget ist, kann die weitere Frage entstehen: ob nicht selbst alsdann, wenn auch ein mit einem Bürgen versehener Gläubiger zu einem Nachlaß sollte gezwungen werden können, in dem Verhältnisse zwischen dem Bürgen und Gläubiger rechtliche Gründe liegen, um diesem dennoch den Regreß gegen jenen zu gestatten?

Bey der Ausdehnung, welche der Gerichtsgebrauch dem erzwungenen Nachlasse gegeben hat, darf man die darauf sich beziehenden Gesetze nicht allzugenau anwenden, weil man sich sonst in eine Menge Verlegenheiten und Widersprüche verwickeln würde, und manche Streitfrage über die Natur, die Erfordernisse und rechtlichen Wirkungen des erzwungenen Nachlasses hat offenbar in der Vernachlässigung dieser Vorsichtsregel ihren Grund. Auf der andern Seite darf man auch nicht willkührlich die Regeln der Analogie, auf welchen der erweiterte Gebrauch des gezwungenen Nachlasses einzig beruhet, bey der Beurtheilung seiner Erfordernisse

und

und rechtlichen Wirkungen auſſer Acht laſſen, um einer eingebildeten Billigkeit zu folgen und die Regungen eines übertriebenen Mitleidens an die Stelle von Rechtsgrundſätzen zu ſetzen.

Der einzige Fall, wo das römiſche Recht die Statthaftigkeit eines erzwungenen Nachlaſſes anerkennt, war von der Art, daß höchſtwahrſcheinlich weit öfter die Gläubiger darauf antrugen und das ihn beſtimmende richterliche Decret nachſuchten, als der Erbe, von deſſen Wahl es noch abhieng, ob er durch Antretung der ihnen verhafteten Erbſchaft ihr Schuldner werden wollte, oder nicht c).

Heutzutage iſt es gewöhnlich der Schuldner, der durch gerichtliche Vergleichsunterhandlungen die Sache endlich auf den Punct bringt, daß die Majorität ſeiner Gläubiger ihm einen Nachlaß bewilligt und die Minorität durch richterliches Erkenntniß gezwungen wird, dem Beiſpiel der erſtern zu folgen.

In jenem Falle iſt von einem Concurſe nicht die Rede. Es kömmt nur darauf an, daß der Erbe durch einen billigen Nachlaß bewogen werde, die Erbſchaft anzutreten, von der er ungewiß iſt, ob ſie zur Befriedigung der Erbſchaftsgläubiger hinreichen werde. In dieſem Falle iſt, bey der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners, der Concurs nahe, bisweilen ſchon ausgebrochen. Dort droht dem Gläubiger, der ſich nicht meldet, keine Präcluſion, hier trifft ſie ihn unausbleiblich, wenn er auf die gehörig ergangene Ladung nicht erſcheint, und ſeine For-

c) Vergl. l. 7. §. 19. D. de pactis. l. 58. §. 1. D. Mand.

Forderung nicht anzeigt. Sehr verschieden sind daher auch in beiden Fällen die Verhältnisse der Gläubiger gegen einander, gegen den Schuldner, und gegen die Bürgen.

Wenn das Gesetz den hypothecarischen Gläubiger von der Verbindlichkeit, sich dem gezwungenen Nachlasse zu fügen, freispricht; so darf man daraus nicht analogisch auf eine gleiche Freiheit des mit einem Bürgen versehenen Gläubigers schliessen. Ihre Verhältnisse sind einigermaßen ähnlich, indem sie nicht blos von dem Schuldner die Erfüllung einer persönlichen Verbindlichkeit zu erwarten haben, sondern der eine an seine Hypothek, der andere an seinen Bürgen sich zu halten berechtigt ist. Aber der erstere kann doch immer nur aus dem Vermögen des Schuldners seine Befriedigung erlangen, und kann es daher nicht vermeiden, sich in das Schuldverfahren einzulassen, wo er allein aus dem Grunde, weil er ein dingliches Recht an dem Gute des Schuldners hat, nicht gezwungen werden kann, sich einem durch die Majorität der Gläubiger bewilligten Nachlasse zu unterwerfen, obgleich es immer noch möglich bleibt, daß er durch den Zusammenfluß widriger Umstände einen Theil seiner Forderung verliert. Der andere hingegen hat es, wenn der Hauptschuldner seine Verbindlichkeiten nicht erfüllt, mit einem Dritten zu thun, und kann von diesem seine volle Befriedigung ausser dem Concurse erwarten.

Vor der Einführung der Rechtswohlthat der Vorausklage konnte es daher keinem Zweifel unterworfen seyn, daß ein mit einem Bürgen verse-

hener Gläubiger, sobald der Schuldner säumig war, sich an jenen halten konnte, und überall nicht nöthig hatte, sich mit dem Schuldner in Vergleichsunterhandlungen einzulassen, folglich auch durch ein gerichtliches Decret nicht gezwungen werden konnte, einen Theil seiner Forderung zu erlassen. Der Bürge mußte ihn vollständig befriedigen, der dann seine Schadloshaltung wieder von dem Hauptschuldner zu gewärtigen hatte, aber seiner Seits freilich gar wohl in den Fall kommen konnte, sich einem gezwungenen Nachlaß unterwerfen zu müssen.

Daß auch nach der Einführung der Rechtswohlthat der Vorausklage dieselben Grundsätze zum Vortheil des Gläubigers in Anwendung kommen müssen, wenn der Bürge dieser Rechtswohlthat gültig entsagt hat, bedarf wohl kaum einer Erinnerung.

Ist jedoch dieses der Fall nicht; so hat, nach dem neuern Rechte, der von dem Gläubiger in Anspruch genommene Bürge allerdings die Befugniß, zu verlangen, daß jener zuförderst den Hauptschuldner ausklage und von ihm nur das verlange, was er von diesem nicht erhalten konnte d).

Nun ist zwar die von den meisten Rechtsgelehrten aufgestellte Regel bekannt: pro excusso habetur, de quo constat, quod solvendo non sit, und nach ihr würde einem Gläubiger, dessen Schuldner Nachlaßunterhandlungen einleitet, um einen Concurs abzuwenden, von dem Bürgen die Rechts-

d) Nov. 4. c. 1.

Rechtswohlthat der Vorausklage vergeblich entgegen gesetzt werden. Richtiger ist aber allerdings die Meinung derjenigen, welche behaupten, daß der Ausbruch des Concurses den Gläubiger nicht berechtige, sogleich gegen den Bürgen zu klagen, sondern daß derselbe schuldig sey, sich erst in den Concurs einzulassen, und zu erwarten, ob er daher etwas und wie viel er erhalten werde e).

Muß nun, nach dem neuern Rechte, auch ein mit einem Bürgen versehener Gläubiger in der Regel (eine Ausnahme wird durch den Verzicht des Bürgen auf die Rechtswohlthat der Vorausklage begründet) sich auf das Concursverfahren einlassen; so muß er sich auch allem dem unterwerfen, was die Ordnung desselben mit sich bringt. Häufig sind die Vorboten eines Concurses zuerst aussergerichtliche, dann gerichtliche Vergleichsunterhandlungen. Diesen geht eine Ladung an alle Gläubiger, unter Androhung der Präclusion, voran: dann wird der Versuch, einen Nachlaß oder Zahlungsfristen zu bewirken, angestellt: erklärt sich für jenen die Mehrheit der chirographarischen Gläubiger; so nöthigt der Richter die Minderzahl, dem guten Beispiele zu folgen. Ist unter dieser ein mit einem Bürgen versehener Gläubiger; so ist nicht abzusehen, warum er sich ausschließen könnte. Er müßte den Hauptschuldner in Anspruch nehmen, ehe er gegen den Bürgen auftreten konnte, und als rechtmäßige Folge auch seiner Rechtsverfolgung gegen den Hauptschuldner ist jenes richterliche Decret anzusehen. Wenn er verbunden ist, sich den übrigen

e) Dabelow Ausführl. Entwickelung der Lehre vom Concurs der Gläubiger S. 535.

und rechtlichen Wirkungen auſſer Acht laſſen, um einer eingebildeten Billigkeit zu folgen und die Regungen eines übertriebenen Mitleidens an die Stelle von Rechtsgrundſätzen zu ſetzen.

Der einzige Fall, wo das römiſche Recht die Statthaftigkeit eines erzwungenen Nachlaſſes anerkennt, war von der Art, daß höchſtwahrſcheinlich weit öfter die Gläubiger darauf antrugen und das ihn beſtimmende richterliche Decret nachſuchten, als der Erbe, von deſſen Wahl es noch abhieng, ob er durch Antretung der ihnen verhafteten Erbſchaft ihr Schuldner werden wollte, oder nicht c).

Heutzutage iſt es gewöhnlich der Schuldner, der durch gerichtliche Vergleichsunterhandlungen die Sache endlich auf den Punct bringt, daß die Majorität ſeiner Gläubiger ihm einen Nachlaß bewilligt und die Minorität durch richterliches Erkenntniß gezwungen wird, dem Beiſpiel der erſtern zu folgen.

In jenem Falle iſt von einem Concurſe nicht die Rede. Es kömmt nur darauf an, daß der Erbe durch einen billigen Nachlaß bewogen werde, die Erbſchaft anzutreten, von der er ungewiß iſt, ob ſie zur Befriedigung der Erbſchaftsgläubiger hinreichen werde. In dieſem Falle iſt, bey der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners, der Concurs nahe, bisweilen ſchon ausgebrochen. Dort droht dem Gläubiger, der ſich nicht meldet, keine Präcluſion, hier trifft ſie ihn unausbleiblich, wenn er auf die gehörig ergangene Ladung nicht erſcheint, und ſeine For-

c) Vergl. l. 7. §. 19. D. de pactis. l. 58. §. 1. D. Mand.

Forderung nicht anzeigt. Sehr verschieden sind daher auch in beiden Fällen die Verhältnisse der Gläubiger gegen einander, gegen den Schuldner, und gegen die Bürgen.

Wenn das Gesetz den hypothecarischen Gläubiger von der Verbindlichkeit, sich dem gezwungenen Nachlasse zu fügen, freispricht; so darf man daraus nicht analogisch auf eine gleiche Freiheit des mit einem Bürgen versehenen Gläubigers schliessen. Ihre Verhältnisse sind einigermaßen ähnlich, indem sie nicht blos von dem Schuldner die Erfüllung einer persönlichen Verbindlichkeit zu erwarten haben, sondern der eine an seine Hypothek, der andere an seinen Bürgen sich zu halten berechtigt ist. Aber der erstere kann doch immer nur aus dem Vermögen des Schuldners seine Befriedigung erlangen, und kann es daher nicht vermeiden, sich in das Schuldverfahren einzulassen, wo er allein aus dem Grunde, weil er ein dingliches Recht an dem Gute des Schuldners hat, nicht gezwungen werden kann, sich einem durch die Majorität der Gläubiger bewilligten Nachlasse zu unterwerfen, obgleich es immer noch möglich bleibt, daß er durch den Zusammenfluß widriger Umstände einen Theil seiner Forderung verliert. Der andere hingegen hat es, wenn der Hauptschuldner seine Verbindlichkeiten nicht erfüllt, mit einem Dritten zu thun, und kann von diesem seine volle Befriedigung ausser dem Concurse erwarten.

Vor der Einführung der Rechtswohlthat der Vorausklage konnte es daher keinem Zweifel unterworfen seyn, daß ein mit einem Bürgen verse-

hener Gläubiger, sobald der Schuldner säumig war, sich an jenen halten konnte, und überall nicht nöthig hatte, sich mit dem Schuldner in Vergleichsunterhandlungen einzulassen, folglich auch durch ein gerichtliches Decret nicht gezwungen werden konnte, einen Theil seiner Forderung zu erlassen. Der Bürge mußte ihn vollständig befriedigen, der dann seine Schadloshaltung wieder von dem Hauptschuldner zu gewärtigen hatte, aber seiner Seits freilich gar wohl in den Fall kommen konnte, sich einem gezwungenen Nachlaß unterwerfen zu müssen.

Daß auch nach der Einführung der Rechtswohlthat der Vorausklage dieselben Grundsätze zum Vortheil des Gläubigers in Anwendung kommen müssen, wenn der Bürge dieser Rechtswohlthat gültig entsagt hat, bedarf wohl kaum einer Erinnerung.

Ist jedoch dieses der Fall nicht; so hat, nach dem neuern Rechte, der von dem Gläubiger in Anspruch genommene Bürge allerdings die Befugniß, zu verlangen, daß jener zuförderst den Hauptschuldner ausklage und von ihm nur das verlange, was er von diesem nicht erhalten konnte d).

Nun ist zwar die von den meisten Rechtsgelehrten aufgestellte Regel bekannt: pro excusso habetur, de quo constat, quod solvendo non sit, und nach ihr würde einem Gläubiger, dessen Schuldner Nachlaßunterhandlungen einleitet, um einen Concurs abzuwenden, von dem Bürgen die Rechts-

d) Nov. 4. c. 1.

Rechtswohlthat der Vorausklage vergeblich entgegen gesetzt werden. Richtiger ist aber allerdings die Meinung derjenigen, welche behaupten, daß der Ausbruch des Concurses den Gläubiger nicht berechtige, sogleich gegen den Bürgen zu klagen, sondern daß derselbe schuldig sey, sich erst in den Concurs einzulassen, und zu erwarten, ob er daher etwas und wie viel er erhalten werde e).

Muß nun, nach dem neuern Rechte, auch ein mit einem Bürgen versehener Gläubiger in der Regel (eine Ausnahme wird durch den Verzicht des Bürgen auf die Rechtswohlthat der Vorausklage begründet) sich auf das Concursverfahren einlassen; so muß er sich auch allem dem unterwerfen, was die Ordnung desselben mit sich bringt. Häufig sind die Vorboten eines Concurses zuerst aussergerichtliche, dann gerichtliche Vergleichsunterhandlungen. Diesen geht eine Ladung an alle Gläubiger, unter Androhung der Präclusion, voran: dann wird der Versuch, einen Nachlaß oder Zahlungsfristen zu bewirken, angestellt: erklärt sich für jenen die Mehrheit der chirographarischen Gläubiger; so nöthigt der Richter die Minderzahl, dem guten Beispiele zu folgen. Ist unter dieser ein mit einem Bürgen versehener Gläubiger; so ist nicht abzusehen, warum er sich ausschließen könnte. Er mußte den Hauptschuldner in Anspruch nehmen, ehe er gegen den Bürgen auftreten konnte, und als rechtmäßige Folge auch seiner Rechtsverfolgung gegen den Hauptschuldner ist jenes richterliche Decret anzusehen. Wenn er verbunden ist, sich den übrigen

e) Dabelow Ausführl. Entwickelung der Lehre vom Concurs der Gläubiger S. 535.

Gläubigern beizugesellen; so muß er auch mit ihnen ihr Schicksal theilen. Ihm hat aber das Gesetz die Wahl zwischen dem Hauptschuldner und dem Bürgen genommen: er kann nicht mehr, wie ehemals, aus dem Concurs scheiden, und wird dieser beendigt, oder abgewendet durch einen Nachlaß, den die Majorität bewilligt, und das Gericht der Minorität auflegt; so bleibt ihm nichts weiter übrig, als, um nicht alle Ansprüche an den Bürgen zu verlieren, seine Stelle in der Minorität zu behaupten.

Würde er aber nicht besser thun, gar nicht zu erscheinen und sich präcludiren zu lassen? Dann wäre sein Verlust bald genug im Klaren und der Bürge müßte für Alles einstehen. Dieß glaubt wenigstens Dabelow f), der den übrigens sehr natürlichen Einwurf, daß in diesem Falle der Regreß gegen den Bürgen nicht statt habe, weil der Gläubiger nichts von dem Schuldner habe haben wollen, für blos scheinbar erklärt, weil die Verbindlichkeit des Bürgen ihrer Natur und Eigenschaft nach sogleich eintrete, als von dem Hauptschuldner nichts mehr erhalten werden kann, ohne daß auf die Ursache, warum nicht, Rücksicht, zu nehmen sey. Allein schützt nicht auch hier den Bürgen die Rechtswohlthat der Vorausklage? und steht nicht dem Schuldner seine eigene Nachlässigkeit entgegen g) vorausgesetzt, daß er nicht erweisen kann, er würde im Concurse auf keinen Fall etwas erhalten haben? Ist er freilich dieses zu erweisen im

Stan-

f) a. a. O. S. 535. 536.

g) l. 95. §. 11. D. de liberat. s. oben Note a.

Stande; so stellt sich auch die Vorausklage als überflüssig und unnütz dar: alsdann aber wird auch von einem Nachlasse schwerlich die Rede seyn. Der Präclusion sich auszusetzen, um diesem und somit allen Zweifeln, ob er auch dem Bürgen zu statten komme, auszuweichen, dürfte also keine empfehlenswerthe Cautel seyn. Denn ist der Schuldner irgend etwas zu zahlen unfähig; so ist es gleichgültig, ob der Gläubiger sich gemeldet hat oder nicht. Hätte dieser aber auch nur einen Theil seiner Forderung erhalten können; so steht ihm, wenn er sich nicht meldete, beides, die Einrede der Vorausklage und der eigenen Nachlässigkeit, entgegen.

Muß nun, der Regel nach, auch ein durch Bürgschaft gesicherter Gläubiger dem erzwungenen Nachlasse sich fügen; so frägt sich nur noch, ob auch der Bürge daraus dieselbe Einrede hat, die dem Schuldner unstreitig zukömmt? Die Regel hat der Bürge für sich: ihm stehen alle — nicht höchstpersönliche Einreden zu, die der Hauptschuldner hat. Aber diese Einrede, so wenig sie auch blos an die Person des Hauptschuldners gebunden ist, hat er doch nicht. Einer Anmaßung derselben widerspricht die Natur der Sache und das Gesetz.

Wollte ein Bürge dem Gläubiger, der von ihm das fordert, was er um eines erzwungenen Nachlasses willen von dem Hauptschuldner weniger erhält, als ihm gebührt, die Einreden eben dieses Nachlasses entgegensetzen; so würde dagegen der Gläubiger unbedenklich der Replik der Gefährde sich bedienen können. Denn ihm hat ja der Bürge ver-

spro-

sprochen, in die Stelle des Hauptschuldners zu tre=ten, wenn dieser seine Verbindlichkeiten nicht erfül=len will oder kann. Der Fall ist aber unstreitig vorhanden, wenn ein erzwungener Nachlaß dem Gläubiger einen Theil seiner Forderung entzieht.

Dabelow h) behauptet das Gegentheil, weil, wie durch den freiwilligen, also auch durch den nothwendigen Nachlaß die Forderung des Gläu=bigers vermindert werde, die Bürgschaft aber sich so streng auf die Hauptverbindlichkeit beziehe, daß sie mit dieser nach gleichen Grundsätzen beurtheilt werden, folglich auch die Bürgschaft auf eine glei=che Summe herunterfallen müsse.

Es ist nun zwar allerdings richtig, daß Bür=gen zu mehrerem, als derjenige, für welchen sie sich verpflichten, schuldig ist, nicht verbindlich gemacht werden können i). Allein dieß bezielt das ursprüng=liche Verhältniß, wo die Schuld gemacht, die Schuldverschreibung ausgestellt, und die Bürgschaft, zu mehrerer Sicherheit, hinzugefügt wird, und daraus, daß die Verbindlichkeit des Bürgen nicht größer seyn soll, als die des Hauptschuldners, folgt nicht, daß jener auch nicht mehr zu leisten schuldig ist, als dieser bezahlen kann. Wenn ein Gläu=biger einen Theil der Forderung, für deren ganzen Betrag ein Anderer haftet, wider seinen Wil=len und ohne seine Schuld verliert, wenn seine rechtmäßige Forderung durch Maßregeln, die der Hauptschuldner ergreift, und die er nicht abzu=wenden vermag, vermindert wird: kann man als=denn

h) a. a. O. S. 292.

i) §. 5. I. l. 8. §. 2. D. de fideiuss.

denn mit Recht sagen, daß die Bürgschaft nothwendig auch auf die verminderte Summe herabfallen müsse? Der Zweck der Bürgschaften ist, dem Gläubiger möglichste Sicherheit zu verschaffen, und, wenn das Gesetz den Bürgen nicht härter verpflichtet wissen will, als es der Schuldner ist; so liegt dieß allerdings in der Natur der Sache, weil die Bürgschaft nur die Erfüllung der Hauptverbindlichkeit sichern soll. Läßt nun der Gläubiger freiwillig von dieser etwas nach, so folgt von selbst, daß er seinen Regreß an den Bürgen nicht nehmen kann, weil durch seine eigene Handlung die Hauptverbindlichkeit vermindert ist, weßhalb er dann auch nicht verlangen kann, daß der Bürge für mehr hafte, als er selbst will, daß der Gläubiger ihm schuldig seyn soll. Eben darum hilft ihm auch in diesem Falle ein Vorbehalt gegen den Bürgen nichts, weil dieser in dem Verhältniß freier Vertragshandlungen nicht härter gehalten werden darf, als der Schuldner. Anders verhält es sich aber, wenn eine höhere Gewalt dem Gläubiger einen Theil der Schuld entzieht, wenn er zu einem Nachlaß durch richterliches Erkenntniß gezwungen wird. Hier verliert er unfreiwillig und ohne seine Schuld, was ihm von Rechts wegen gebührt, und wofür der Bürge zu haften sich verpflichtet hat. Er will den Bürgen nicht härter halten, als er den Schuldner halten will, und an ihm liegt es nicht, daß ihn eine durch den Gerichtsgebrauch eingeführte Rechtswohlthat um einen Theil des Seinigen bringt. Da er den Schuldner ausklagen, und demnach auf die Nachlaßhandlungen sich einlassen, und dem Resultat derselben sich unterwerfen mußte; so ist es in

seinem

seinem Verhältnisse zu dem Bürgen eben so viel, als wenn er durch Unzulänglichkeit der Masse im Concurse nicht gänzlich befriedigt worden wäre.

Man lasse sich durch die Idee nicht irre machen, daß doch hier ein Vertrag zum Grunde liege, durch welchen die Hauptverbindlichkeit vermindert werde. Der Gläubiger, welchen der Richter zum Erlaß zwingt, geht keinen Vertrag ein, und die Hauptverbindlichkeit wird an sich nicht vermindert, sondern es wird nur weniger bezahlt, als nach derselben bezahlt werden müßte. Das Ganze besteht in diesem Falle darinn: Wenn die Majorität einen Nachlaß bewilligt, und der Richter die Minorität nöthigt, diesem Beispiele zu folgen; so muß diese gleich jener sich einen verhältnißmäßigen Verlust gefallen lassen. Dieß ist die einfache Thatsache, und da der Gläubiger wider seinen Willen und ohne seine Schuld weniger erhält, als er sollte; so muß der Bürge dafür haften.

Daß der erzwungene Nachlaß besonders so, wie er durch die Praxis erweitert ist, an sich keine Begünstigung verdient, leidet wohl keinen Zweifel, und eben so wenig, daß der Gebrauch desselben, ohne die dringendsten Gründe nicht auszudehnen, sondern vielmehr einzuschränken ist. Will man nun auch das Mitleiden mit einem durch Unglücksfälle heruntergekommenen Schuldner als den Grund des erzwungenen Nachlasses gelten lassen; so wird man doch einräumen müssen, daß die Erstreckung desselben auf den zahlungsfähigen Bürgen einen vernünftigen Grund schlechterdings nicht für sich haben

ben kann. Will man nun nicht in die grobe Inconsequenz verfallen, einem zahlungsfähigen Bürgen eine nur für unglückliche, zahlungsunfähige Schuldner bestimmte, ohnehin über die Gebühr erweiterte Rechtswohlthat mitzutheilen; so muß man auch schon der Natur der Sache nachzugeben, daß der Zwang zum Nachlaß dem Bürgen nicht zu statten komme.

Hiermit stimmt nun auch das Gesetz k) vollkommen überein. „Lucius Titius, heißt es, creditori suo mandatorem dedit; deinde defuncto debitore, majore parte creditorum consentiente, a Praetore decretum est, ut portionem creditores ab heredibus ferant, absente eo creditore, apud quem mandator exstiterat: Quaero, si mandator conveniatur, an eandem habeat exceptionem, quam heres debitoris? Respondi: Si praesens apud Praetorem ipse consensit, pactus videtur ex iusta causa: eaque exceptio et fideiussori danda esset et mandatori: sed cum proponas, eum affuisse, iniquum est, auferri ei electionem, sicut pignus aut privilegium, qui praesens potuit id ipsum proclamare, nec desiderare decretum Praetoris: nec enim, si quis dixerit summovendum creditorem, heredi consulitur, sed mandatori vel fideiussori, quibus mandati iudicio eandem partem praestaturus est: plane, si ab herede partem accepisset, an in reliquum permittendum esset creditori fideiussorem convenire, dubitatum est? sed

k) l. 58. §. 1. D. Mandati.

sed videbitur consentire decreto, convenien-
do heredem,“

Der Rechtsgelehrte Paulus, aus dessen Lib. IV. Quaestion. diese Gesetzstelle genommen ist, beantwortet hier die Frage: Hat aus dem einen Nachlaß bestimmenden richterlichen Decrete der Bürge dieselbe Einrede, wie der Schuldner? Er unterscheidet dabey zwey Fälle:

1. Der Gläubiger hat zu dem Nachlasse seine Einwilligung gegeben, und zwar entweder ausdrücklich (si praesens apud Praetorem ipse consensit), oder stillschweigend, indem er von dem Schuldner den gerichtlich bestimmten Theil annahm oder einklagte (si ab herede partem accepisset). Die ausdrückliche sowohl, als die stillschweigende Einwilligung steht nun dem Regreß an den Bürgen entgegen; — die erste: weil der Gläubiger sich vertragsmäßig verpflichtet hat, (quia creditor videtur pactus ex iusta causa); die andere: weil er stillschweigend eingewilliget hat, (quia videtur consentire decreto, conveniendo heredem debitorem).

2. Der Gläubiger hat in den Nachlaß nicht gewilliget. Hier setzt zwar Paulus nur voraus, daß der Gläubiger nicht gegenwärtig gewesen sey; er räumt aber doch bestimmt ein, daß er, wäre er gegenwärtig gewesen, das Recht gehabt hätte, dem Decrete zu widersprechen und von der Befolgung desselben sich loszusagen. Aber auch abwe-

send mußte er als dissentirend angesehen, und der in den Nachlaß nicht willigenden Minorität beigezählt werden. Da er nun, nur wenn er eingewilligt hatte, den Regreß gegen den Bürgen nicht nehmen konnte; so blieb ihm dieser, sobald von seiner Einwilligung, er mochte gegenwärtig oder abwesend seyn, nicht constirte (sed cum proponas cum affuisse, iniquum est, auferri ei electionem, sicut pignus aut privilegium, qui praesens potuit id ipsum proclamare, nec desiderare decretum Praetoris).

Man darf hierbey nicht ausser Acht lassen, daß der Rechtsgelehrte keinesweges die Frage: ob der gezwungene Nachlaß auch den mit einem Bürgen versehenen Gläubiger verpflichte, aufgeworfen hat: sondern vielmehr die: ob ein solcher Nachlaß auch dem Bürgen zu statten komme? (Quaero, si mandator conveniatur an eandem habeat exceptionem, quam haeres debitoris?) Der Hauptgrund seiner Antwort beruhet daher auf der Einwilligung oder Nichteinwilligung des Gläubigers, und wenn er dabey sich auf die diesem — nach dem älteren Rechte — unbedingt zustehende Wahl zwischen dem Hauptschuldner und dem Bürgen bezieht; so war dieß freilich damahls ganz durchgreifend und entscheidend, weil der Gläubiger gar nicht verbunden war, sich auf die Nachlaßunterhandlungen einzulassen, sondern sogleich seinen Bürgen wegen der ganzen Forderung, mit deren Berichtigung der Schuldner zögerte, in Anspruch nehmen konnte. Aber dieß

war

war doch nicht der einzige Gesichtspunct des Rechtsgelehrten, welcher voraussetzte, das Decret des Prätors, wornach die Gläubiger mit einem Theile ihrer Forderungen sich begnügen sollten, sey auch gegen den bey den Nachlaßverhandlungen nicht erschienenen, mit einem Bürgen versehenen Gläubiger abgegeben. Daß aber die abwesenden Gläubiger nicht als einwilligend, sondern als mit der dissentirenden Minorität übereinstimmend angesehen wurden, erhellet aus andern Gesetzstellen 1). Der Hauptentscheidungsgrund des Rechtsgelehrten, wenn derselbe dem Bürgen die Einrede des Nachlasses abspricht, besteht also immer in der mangelnden Einwilligung des Gläubigers, und die Beziehung auf dessen Wahlrecht zwischen dem Hauptschuldner und dem Bürgen dient nur zur Bestärkung desselben.

Daß auch Paulus es sonderbar fand, daß man dem Bürgen einen erzwungenen Nachlaß zu statten kommen lassen wollte, der nur dem Schuldner zuerkannt war, zeigt eine merkwürdige Stelle des Gesetzes. Wollte man auch, sagt er, den Gläubiger mit seinem Anspruch an den Bürgen zurückweisen; so ist das für den Schuldner gleichgültig, ihm wird dadurch nicht geholfen, sondern allein dem Bürgen, dem der Schuldner, wenn jener ihn mit der Mandatsklage belangt, doch nicht mehr, als den durch des Prätors Decret bestimmten Theil der Schuld erstatten wird (nec enim, si quis dixerit summovendum creditorem, here-

1) l. 10. pr. D. de pactis.

heredi consulitur, sed mandatori vel fideiussori, quibus mandati iudicio eandem partem praestaturus est.) Es iſt wahr, daß dieſe Stelle die eigentliche Meinung ihres Verfaſſers nicht vollkommen deutlich ausdrückt. Allein dem Zuſammenhange nach kann ſie nicht anders verſtanden werden, als ſie hier erklärt iſt, weil ſie ſonſt in der That ſchlechterdings keinen vernünftigen Sinn darbietet. Die Worte: „eandem partem“ können nur den vom Prätor dem Gläubiger beſtimmten herabgeſetzten Theil der Schuld bedeuten, zumahl da in dem Geſetze gleich darauf der Fall berührt wird, wo eben dieſen Theil der Gläubiger von dem Hauptſchuldner angenommen hat. Ohnehin iſt der Bürge, der von dem Schuldner mit der Mandatsklage ſeine Auslage zurückfordert, wie jeder andere Gläubiger zu betrachten, und er kann, wenn jener ein gerichtliches Decret, wodurch ein verhältnißmäſſiger Nachlaß beſtimmt wird, erlangt hat, mehr nicht, als den herabgeſetzten Betrag der von ihm für den Hauptſchuldner bezahlten Schuld fordern. Giebt man alſo dem Bürgen gegen den Gläubiger, der ihn wegen deſſen, was er am Hauptſchuldner verlieren ſoll, in Anſpruch nimmt, die Einrede, die der Hauptſchuldner aus dem gerichtlichen Decrete hat; ſo iſt es klar, daß nicht dieſem, ſondern allein dem Bürgen dadurch geholfen wird. Dem zahlungsfähigen Bürgen ſoll aber nicht geholfen werden, ſondern dem verarmten Schuldner.

Dabelow m) erklärt das vorliegende Geſetz auf

m) a. a. O. S. 292. f.

auf eine von der hier dargelegten Ansicht so ganz abweichende Art, daß er daraus vielmehr den vollen Beweis für seine Meinung, wornach auch der gezwungene Nachlaß dem Bürgen zu statten kommen soll, führen zu können meint. Er hält die Unterstützung derselben mit andern Gründen (deren Unrichtigkeit übrigens bereits gezeigt ist) fast für überflüssig, „da, sagt er, selbst die römischen Gesetze mit dürren Worten dem Bürgen die aus dem Nachlaßvertrage für den Schuldner entspringenden Wirkungen zueignen.“ Diese dürren Worte sollen denn die der l. 58. §. 1. D. Mandati seyn, welche also lauten: eaque exceptio (quam habet heres debitoris) et fideiussori danda esset et mandatori. Zwar bezieht sich dieser Satz auf die unmittelbar vorhergehende Bedingung: si (creditor) praesens apud Praetorem ipse quoque consensit. Allein Dabelow hält dafür, daß sich, wenn man auf den wahren Sinn des Gesetzes Rücksicht nehme, sogleich zeige, daß die Worte des Gesetzes allgemein genommen, und sowohl von dem eigentlichen Nachlaßvertrage, als dem erzwungenen Nachlaß, verstanden werden müssen, weil in den Gesetzen die Frage: ob die aus dem Nachlasse entspringenden Ausflüchte auch dem Bürgen gestattet werden müssen, überhaupt dahin entschieden werde, daß solches allerdings der Fall sey; sobald nur der Nachlaß auf eine rechtmäßige Art zu Stande gekommen ist.

Die Gesetze, welche diese Entscheidung enthalten sollen, hat Dabelow nicht nachgewiesen. Es ist also wohl nur das in Frage stehende Gesetz,

setz, aus dessen wahren Sinne er sie darthun zu können vermeint. Es ist daher vor allen Dingen zu untersuchen, was er für den wahren Sinn des Gesetzes hält.

„Das Gesetz n) sagt er, redet, wenn ich es anders recht verstehe, von folgendem Fall: Ein Schuldner hatte einem seiner Gläubiger einen Bürgen gestellt, verstarb hernach und es kam zwischen seinem Erben und den übrigen Gläubigern zu einem erzwungenen Nachlasse, bey dessen Errichtung dieser Gläubiger aber abwesend war. Der Rechtsgelehrte Paulus wirft nun die Frage auf: ob dieser Gläubiger den Bürgen noch auf das Ganze belangen könne, oder nur auf die Summe, die ihm von Prätor bey der Errichtung des Nachlaßvertrages war zugetheilt worden? und entscheidet, daß der Bürge von ihm aufs Ganze belangt werden könne, indem, wenn auch der Gläubiger zugegen gewesen wäre, man es ihm doch hätte freistellen müssen, ob er lieber den Schuldner oder den Bürgen habe belangen wollen, indem er eben so wenig, als ein hypothekarischer Gläubiger nöthig habe, den richterlichen Zwang zum Beitritte (Decretum Praetoris) gelten zu lassen. Zugleich sucht er den Einwurf zu entfernen, den man ihm machen könnte, nämlich: daß ja dem Erben dadurch gerathen seyn würde, wenn man den Beitritt eines solchen Gläubigers zum Nachlasse annehme, und behauptet, daß vielmehr der Bürge dadurch, nicht aber der Erbe, Vortheil erhielte. Zu Gunsten des Erben nimmt er jedoch das Princip an, daß, wenn

der

n) a. a. O. S. 288. f.

der Gläubiger sich von diesem einen Theil der Forderung habe leisten lassen, oder denselben darauf belangt habe, er alsdann wie ein solcher angesehen werden müsse, der dem Nachlasse beigetreten sey, weil er den Erben hätte auſſer Spiel lassen und den Bürgen allein belangen können."

Dabelow betrachtet hier das Gesetz in Beziehung auf die Frage: ob der mit einem Bürgen versehene Gläubiger durch den erzwungenen Nachlaß überhaupt gebunden sey? die ihm Wesentlichen darauf hinausläuft: ob ein solcher Gläubiger schuldig sey, sich auf die Nachlaßverhandlungen einzulassen, oder ob er nicht vielmehr den Bürgen sogleich in Anspruch nehmen könne? Daß dieses nach Einführung der Rechtswohlthat der Vorausklage nicht statt hat, kann nicht geläugnet werden, und Dabelow hat in der Hinsicht ganz Recht, wenn er annimmt, daß von der Entscheidung des Paulus in diesem Fall und zu dem Zweck, um das Recht des Gläubigers, sich ohne weiters an den Bürgen zu halten, daraus zu beweisen, kein Gebrauch mehr zu machen sey. Dieß ist aber auch nicht die Frage, welche Paulus eigentlich beantwortet. Die Rechtsgültigkeit und Anwendbarkeit seiner Entscheidung der Frage: ob aus dem Nachlasse dem Bürgen dieselbe Einrede zustehe, wie dem Schuldner? hat aber durch die Einführung der Rechtswohlthat der Vorausklage keine Veränderung erleiden können, weil durch dieselbe der Gläubiger zwar genöthigt ist, fordersamst den Hauptschuldner auszuklagen, dasselbe Gesetz aber, welches ihm diese Verbindlichkeit auflegt, ihm auch zugleich ausdrücklich das Recht vorbe-

vorbehält, sich wegen alles dessen, was er von dem Hauptschuldner weniger erhält, als ihm gebührt, an den Bürgen zu halten, — ein Recht, welches von der Erfüllung jener Verbindlichkeit in keinem Falle getrennt werden kann.

Der Hauptgesichtspunct, von welchem Paulus bey seiner Entscheidung ausgieng, scheint nun von Dabelow nicht beachtet zu seyn, weßhalb er ihm auch den unverdienten Vorwurf macht, daß sie ohnehin nicht gehörig überdacht gewesen sey. Offenbar nahm der Rechtsgelehrte auf die Einwilligung des Gläubigers allein Rücksicht und nur von dieser macht er den Verlust des Regresses an den Bürgen abhängig. Hat, sagt er, der anwesende Gläubiger dem Nachlaßvertrage beigestimmt, oder hat er nachher, durch Annahme oder Einklagung des in Folge des Nachlasses herabgesetzten Theils der Forderung von dem Hauptschuldner, das den Nachlaß bestimmende richterliche Decret stillschweigend anerkannt; so kann er den Bürgen weiter nicht in Anspruch nehmen. Nicht zu Gunsten des Erben und Schuldners hat er das Princip, das ganz natürlich aus der stillschweigenden Einwilligung fließt, daß durch Annahme oder Einklagung eines Theils der Forderung der Regreß an den Bürgen verlohren gehe, willkührlich angenommen, sondern zu Gunsten des Bürgen.

Wie daher die so deutlich ausgedrückte Bedingung: wenn der Gläubiger zu dem Nachlasse seine Einwilligung gegeben hat, bey Seite gesetzt und der Folgesatz: so steht ihm

die Einrede des Nachlasses auch von Seiten des Bürgen entgegen, allgemein genommen und auch von dem Falle, wenn der Gläubiger nicht eingewilliget hat, verstanden werden könne, ist in der That nicht abzusehen. Kein Gesetz sagt dieß, und am allerwenigsten die l. 58. D. Mandati.

Der zweifache Grund, den Dabelow der Entscheidung des Paulus unterlegt, rechtfertiget eben so wenig eine so höchst gezwungene Auslegung des Gesetzes. Einmal glaubt derselbe o), der Rechtsgelehrte Paulus verstatte dem Gläubiger die Klage auf das Ganze gegen den Bürgen blos darum, weil er sich die Sache so vorgestellt habe, als werde der Erbe und Schuldner im mindesten dadurch nicht beschwert, sondern blos der Bürge, um den man sich hier nicht zu bekümmern habe. Deutlich ergebe sich dieß aus dem Folgenden, wo Paulus behaupte, daß alsdann gegen den Gläubiger zu sprechen sey, wenn er mit Vernachlässigung des Bürgen den Erben und Schuldner in Anspruch genommen hätte. Er habe also nicht daran gedacht, daß der Bürge den Regreß gegen den Schuldner habe, und es demselben einerley habe seyn können, ob er selbst oder der Bürge in Anspruch genommen werde; sondern er beantworte die Frage so, wie sie sich ihm beim ersten Anblicke dargestellt habe.

Diesem Vorwurf der Einseitigkeit, der hier dem Rechtsgelehrten Paulus gemacht wird, liegt aber unstreitig eine irrige Ansicht des hieher gehörigen

o) a. a. O. S. 289. 290.

rigen Theils des Gesetzes zum Grunde. Nicht einen Entscheidungsgrund wollte hier der Rechtsgelehrte geben, sondern einen Zweifelsgrund entfernen. Dieß räumt selbst Dabelow ein; er versteht aber den Rechtsgelehrten unrecht. Daß derselbe allerdings an den Regreß, der dem Bürgen, welcher für den Hauptschuldner zahlt, gegen diesen zusteht, gedacht habe, beweisen die Worte: quibus (debitor) mandati iudicio eandem partem praestaturus est. Auf den Einwurf: daß der zum Besten der Schuldner gerichtlich festgesetzte Nachlaß vereitelt würde, wenn man dem Gläubiger verstattete, den Bürgen auf das Ganze in Anspruch zu nehmen, erwiedert er, durch die Zurückweisung des Gläubigers gewinne der Schuldner nicht, sondern nur der Bürge, weil dieser, wenn er auch das Ganze bezahlen müsse, doch durch den ihm zustehenden Regreß an den Hauptschuldner von diesem nicht mehr erlangen könne, als den gerichtlich herabgesetzten Theil der Schuld p).

Der andere Grund, welchen Dabelow q) der Entscheidung des Paulus leihet, beziehet sich auf den in dem Gesetze zwischen der Anwesenheit und Abwesenheit des Gläubigers gemachten Unterschied. „Der Grund, sagt er, warum noch in diesem Gesetze zwischen den Fällen unterschieden wird, wenn der Gläubiger gegenwärtig und wenn derselbe abwesend ist, ist in dem Verhältnisse zwischen dem Gläubiger und zwischen dem ihm bestell-

p) S. oben S. 332. 333.

q) a. a. O. S. 293. Note e.

ten Bürgen zu suchen und kann hier im Allgemeinen nicht in Betrachtung kommen. Nach den Worten des Gesetzes: sed cum proponas eum (sc. creditorem) affuisse, iniquum est, ei auferri electionem etc. soll dem Bürgen, wenn der Gläubiger zwar abwesend ist, und doch in den Nachlaß als mit eingeschlossen angesehen wird, darum keine Ausflucht zu Statten kommen, weil der Gläubiger die Wahl hatte, ob er sich zu den Gläubigern gesellen, oder jetzt, bey der notorischen Insolvenz des Schuldners, den Bürgen gleich vorweg in Anspruch nehmen wollte. Diese Wahl verlor er aber, wenn er sich mit seiner Forderung an den Schuldner bereits gemeldet hatte, und in dieser Qualität in der Versammlung der Gläubiger erschienen war, wo er alsdann als ein solcher angesehen wurde, der zuerst den Schuldner in Anspruch genommen hatte, und sich daher auch die gewöhnliche Procedur des Schuldverfahrens gefallen lassen wollte."

Es finden sich jedoch hier einige Voraussetzungen, die eines Theils in dem Gesetze nicht anzutreffen sind, und andern Theils auf die Entscheidung der Streitfrage einen wesentlichen Einfluß nicht haben können. Von einer notorischen Insolvenz des Schuldners ist überall nicht die Rede, sondern von einem Erben, der Bedenken trägt, eine Erbschaft anzutreten, und der dadurch dazu bewogen wird, daß er an den erbschaftlichen Schulden einen Nachlaß erhält. Allein auch bey einer notorischen Insolvenz des Schuldners verliert ja der Gläubiger dadurch den Regreß an den Bürgen

nicht, wenn er von jenem vorher seine Befriedigung zu erlangen sucht, ehe er diesen in Anspruch nimmt. Davon aber, und nicht von dem Verlust der Wahl zwischen dem Hauptschuldner und dem Bürgen, redet der Rechtsgelehrte Paulus, und den Verlust des Regresses an den Bürgen gründet er nicht darauf, daß der Gläubiger mit der Forderung an den Schuldner sich gemeldet und somit zu den übrigen Gläubigern sich gesellet hatte, sondern einzig und allein auf die Einwilligung in den Nachlaßvertrag. Da überdieß nach dem älteren Rechte jeder Gläubiger, der einen Bürgen hatte, sich sogleich an diesen zu halten befugt war, wenn der Hauptschuldner mit der Erfüllung seiner Verbindlichkeit zurück blieb; so ist es klar, daß das bloße Erscheinen in der Versammlung der Gläubiger ihn der Gefahr nicht aussetzen konnte, als ein solcher angesehen zu werden, der zuerst den Hauptschuldner in Anspruch genommen habe, und daher auch die gewöhnliche Procedur des Schuldverfahrens sich gefallen lassen wolle. Denn sobald ihm die Vergleichsvorschläge nicht gefielen, und er nicht gerathen fand, seine Einwilligung zu einem Nachlasse zu ertheilen; so stand es ihm frey, aus der Versammlung zu scheiden und sich an den Bürgen zu halten: qui praesens potuit, sagt Paulus, id ipsum (ius electionis) proclamare, nec desiderare decretum Praetoris. Gesetzt nun, er wurde dennoch in der Minorität der Gläubiger mit aufgeführt und seine Forderung wurde, gleich den andern, verhältnißmäßig herabgesetzt (was schon in Rücksicht auf den Bürgen eigentlich geschehen mußte), was konnte dieß seinem Rechte aus der

Bürgschaft schaden, da er in den Nachlaß nicht eingewilligt hatte? Eben dieß gilt nun auch von dem Falle, wenn der Gläubiger wegen der dem Bürgen verliehenen Rechtswohlthat der Vorausklage zuerst den Schuldner in Anspruch nehmen und daher die gewöhnliche Procedur des Schuldverfahrens sich gefallen lassen muß. Denn sowohl der Natur der Sache, als der gesetzlichen Entscheidung nach verliert der Gläubiger sein Recht an den Bürgen nur, wenn er freiwillig dem Nachlaßvertrage beitritt.

XXVII.

Kann ein Gläubiger das, was er seinem Schuldner erlassen hat, von diesem nachfordern, wenn desselben Vermögensumstände sich verbessert haben?

Je häufiger die Nachlaßverträge sind, die vorzüglich die Furcht vor den Zögerungen und Kosten eines Concurses begünstigt, desto wichtiger ist diese Frage. Politisch betrachtet, scheint es rathsamer zu seyn, sie zu verneinen, damit jede Ungewißheit des Eigenthums vermieden, ein einmal geretteter Schuldner nicht ewigen Verfolgungen ausgesetzt, der Eifer des gewerbfleissigen Bürgers nicht ge-

geschwächt werde. Dagegen kann man freilich sagen, es sey nicht gut, Nachlaßverträge, wobey so leicht die Unredlichkeit des Schuldners die Gläubiger verkürzen könne, allzusehr zu begünstigen, und es sey vielmehr wünschenswerth, daß der, welcher von seinen Gläubigern einen Nachlaß auszuwirken gedenke, die Aussicht immer vor Augen habe, er werde dereinst sie doch noch ganz befriedigen müssen, damit er nicht allzu leichtsinnig den Versuch wage, sondern lieber aufs äusserste sich anstrenge, um jetzt gleich volle Befriedigung zu leisten, als sich den Unannehmlichkeiten eines Accordes auszusetzen, der ihm doch keinen bleibenden Gewinn verspreche. Allein jene Gründe scheinen um so mehr diese zu überwiegen, als es nicht zu verkennen ist, daß der Beweis einer wirklich erfolgten Verbesserung der Glücksumstände des Schuldners meistentheils grossen Schwierigkeiten unterworfen ist. Daß ihn jeder einzelne Gläubiger, sobald es ihm gelungen wäre, wieder etwas zu erwerben, angreifen dürfe, kann nicht behauptet werden. Er müßte also immer so viel erworben haben, daß er seine Gläubiger insgesammt völlig befriedigen könnte, und hier würde ihm doch wohl nöthigenfalls die Rechtswohlthat der Güterabtretung und folglich der Competenz nicht versagt werden können? Also würde er nun gerade dahin gebracht, wohin er nicht zu kommen durch den Nachlaßvertrag bezweckte. Oder soll er abermals accordiren? Wenn er kann; so soll er freilich als rechtschaffener Mann nachzahlen. Allein nicht jedes Gebot der Moral ist geeignet, in die positive Gesetzgebung aufgenommen zu werden, und von dieser Art scheint dasjenige zu seyn,

was

was für den vorliegenden Fall die Moral gebietet. Der eigene freie Entschluß des Schuldners hebt leicht alle Bedenklichkeiten und Schwierigkeiten, die der gesetzliche Zwang entweder gar nicht oder nur höchst mühsam aus dem Wege zu räumen vermöchte.

Dem sey jedoch, wie ihm wolle: hier ist die Frage nach den schon bestehenden Gesetzen zu beantworten. Das gemeine Recht entscheidet sie nicht bestimmt und ausdrücklich. Die Rechtsgelehrten aber sind darüber sehr verschiedener Meinung.

Nach dem preußischen Rechte a) verlieren die Gläubiger durch einen Nachlaßvertrag ihr Recht an den Gemeinschuldner wegen des Ausfalls in der Regel nicht, sondern sie können dasselbe, wenn Letzterer wieder zu bessern Vermögensumständen gelangt, allerdings geltend machen. Wenn jedoch derjenige, welcher den Vergleich vorschlägt b), die Entsagung auf alle fernern Ansprüche an den Gemeinschuldner zu einer ausdrücklichen Bedingung desselben macht, und der größere Theil der Gläubiger den Vergleich unter dieser Bedingung annimmt; so muß auch der mindere Theil eben dieselbe sich gefallen lassen, er könnte denn einen andern Vermittler stellen, welcher eben so annehmliche Vorschläge, wie der erstere, ohne auf einer solchen Entsagung zu bestehen, macht, in welchem Falle diesem vor jenem der Vorzug gegeben werden soll.

Hier entscheidet also das Gesetz in der Hauptsache ganz zum Vortheil der Gläubiger, ohne Unter-

a) Proceßordnung Tit. 50. §. 593 — 595.

b) S. oben S. 315.

terschied, ob der Nachlaß freiwillig oder gezwungen ist.

Nach dem gemeinen Recht zeigen sich in den Meinungen der Rechtsgelehrten folgende Hauptverschiedenheiten:

1. Einige halten dafür, daß, was einmal erlassen worden, nicht nachgefordert werden könne, weil es schlechterdings unstatthaft sey, das Verzichtete oder Verschenkte wieder in Anspruch zu nehmen. Nur der Betrug des Schuldners könne eine Ausnahme bewirken c).

2. Andere behaupten gerade das Gegentheil und legen, nach der Analogie dessen, was bey dem flebili beneficio cessionis bonorum gilt, den Gläubigern ein Nachforderungsrecht bey d).

3. Andere unterscheiden die freiwillige Majorität und die gezwungene Minorität, und sprechen jener das Nachforderungsrecht ab, und dieser zu e).

4.

c) Voetius l. c. §. 28. Diesen führt zwar Danz (Grundsätze der summarischen Processe. Dritte Ausgabe S. 267. Note m) als Gewährsmann einer anderen Meinung an. Allein er unterscheidet den freiwilligen und den gezwungenen Erlaß nur in Beziehung auf bürgschaftliche Verhältnisse. Dabelow vom Concurse der Gläubiger S. 575. Gönner in der Note zu Danz a. a. O.

d) Berlich P. 2. dec. 245. n. 1. Wagler de pactis remissoriis cum debitore obaerato, §. 16.

e) Danz a. a. O. S. 265.

4. Andere endlich machen einen Unterschied zwischen dem Vermögen, welches dem Schuldner nach Erfüllung des Nachlaßvertrages etwa übrig bleibt, und dem, welches er nachher erwirbt. An dem ersteren sollen alle Gläubiger ihren verhältnißmäßigen Antheil zu verlangen berechtigt seyn, wenn der Nachlaßvergleich nicht in der Absicht eingegangen worden, daß dem Schuldner noch etwas von seinem Vermögen übrig bleiben soll, was im Zweifel nicht zu vermuthen sey. An das andere sollen nur die Gläubiger Ansprüche haben, welche in den Nachlaß nicht eingewilliget haben f).

Der freiwillige Nachlaßvertrag enthält von Seiten des Gläubigers die Erklärung, daß er die Schuld auf die verabredete Summe herabsetzen und demnach ein mehreres von dem Schuldner nicht verlangen wolle. Dieser Vertrag ist, wie jeder andre, als unbedingt und ohne Vorbehalt abgeschlossen anzusehen, wenn nicht ausdrücklich Bedingungen oder Reservationen angehängt sind g). Was daher freiwillig, unbedingt und ohne Vorbehalt nachgelassen ist, kann nicht nachher wieder gefordert werden: denn die Schuld ist durch den Erlaß und so weit er gehet, getilgt: der Schuldner ist liberirt. Die Regel: ad renunciata non datur regressus, liegt so sehr in der Natur der Sache, daß es einer gesetzlichen Sanction derselben kaum bedarf: sie fließt nothwendig aus dem Begriff des Verzichts, welcher in einem Nachlaßver-

f) Danz a. a. O. S. 264. 265.

g) Dabelow a. a. O. S. 575.

vertrage jederzeit enthalten ist. Sie ist indessen auch in mehreren Gesetzen deutlich genug ausgesprochen h).

Eine Ausnahme von dieser Regel bey unbedingten, freiwilligen Nachlaßverträgen zu machen, ist überall kein erheblicher Grund vorhanden. Freilich werden die Gläubiger allezeit lieber ihre volle Befriedigung annehmen, als einen Nachlaß bewilligen, und es ist nicht zu läugnen, daß, wenn sie dieses thun, es in Erwägung der Unzulänglichkeit des gegenwärtigen Vermögens ihres Schuldners geschieht. Auch wird man in der Regel mit Recht annehmen können, daß die meisten Gläubiger, wenn sie sich zu einem Nachlaß verstehen, statt diesen unbedingt zu bewilligen, lieber ihre Ansprüche auf das künftige etwa zu erwerbende Vermögen des Schuldners sich vorbehalten werden: ja! man darf wohl unbedenklich zugeben, daß sie, selbst ohne diesen Vorbehalt, zufrieden seyn würden, den Schuldner, wenn er zu bessern Vermögensumständen wirklich gelangt ist, zur Nachzahlung anhalten zu können. Tröstet doch selbst das Gesetz die Gläubiger eines Erben, in dessen Concurse die Erbschaftsgläubiger das Separationsrecht ausgeübt haben, damit — „quod habeant propria heredis bona, et personam, quae potest, dum vivit, acquirere“ i).

Wie

h) l. 14. §. 9. D. de aed. ed. l. 7. §. 10. D. de pactis. l. 29. C. de pactis. l. 11. C. de reb. cred. wo es heißt: „Satis absurdum est, redire ad hoc, cui renunciandum putavit.“

i) l. 5. D. de separat.

Wie mancher Gläubiger nähme nicht mit einer Person vorlieb, die lebenslänglich für ihn erwürbe!

Alle diese guten Absichten aber beweisen keinen Vorbehalt und keine Bedingung bey einem Vertrag, der ohne Bedingung und Vorbehalt geschlossen ist. Denn, daß der ausdrückliche Vorbehalt des Regresses an den Schuldner, wenn er zu besseren Vermögensumständen kommen würde, in diesem Falle seine rechtliche Wirkung haben muß, versteht sich von selbst. Je näher aber die Veranlassung dazu in den Umständen lag, desto mehr hat sich's der, welcher schwieg, als es Zeit war zu reden, selbst zuzuschreiben, wenn in der Folge der Gläubiger von stillschweigenden Bedingungen und Reservationen nichts wissen will. Auch die ohnehin so unzuverlässige clausula rebus sic stantibus verliert hier ihre Kraft, wo der Gläubiger mit seinem Schuldner sich vergleicht, indem er einen Theil seiner Forderung erläßt, damit er den übrigen desto gewisser und schneller erhalte. Er erläßt also nicht umsonst, nicht allein dem Schuldner zum Besten, sondern auch um seines eigenen Interesse willen.

Es ist nicht richtig, wenn man den Nachlaßvertrag mit einer Schenkung vergleicht, wie z. E. Dabelow a. a. O. S. 573. thut. Schon die Vermeidung oder Beendigung eines weitläuftigen Concursverfahrens, welche allemal bey einem Nachlaßvertrage Zweck, nicht allein des Schuldners, sondern auch des Gläubigers seyn muß, schließt die Idee einer wahren Schenkung aus. Man müßte einer Anzahl von Gläubigern einen zu seltenen christ-

lichen

lichen Sinn, den unsere ältere Proceßordnungen so manchmal in Anspruch nehmen, zutrauen, wenn man voraussetzen wollte, daß sie bey einem Nachlaßvertrage keine andere Absicht haben, als ihren Schuldner zu beschenken. Schleunig zu retten, was noch zu retten ist, mag wohl der gewöhnlichste Beweggrund seyn, und, wenn der Gläubiger statt bonis zu cediren, was dem Erfolg nach nicht immer für die Creditoren geschieht, eine verhältnißmäßige Summe wirklich bezahlt; so hat er die erlassene auch nicht umsonst. Es liegt also hier ein wahrer Vergleich zum Grunde, durch welchen der Gläubiger einen Theil seiner Forderung erläßt, und der Schuldner dagegen sofort Zahlung leistet, statt auf den Concurs zu provociren. Gesetzt aber, die Umstände seyen bey einem Nachlaßvertrage von der Art gewesen, daß die Absicht der Gläubiger, durch den Nachlaß den Schuldner zu beschenken, nicht zu verkennen wäre; so hat eine Nachforderung bey verbesserten Vermögensumständen des Schuldners ohnehin nicht statt, da Werke des Mitleidens und Wohlthaten nicht widerrufen werden dürfen k).

Die Analogie dessen, was bey der Güterabtretung gilt, ist auf den freiwilligen Nachlaß auch nicht anwendbar, da das Gesetz den Vorbehalt des Regresses an das künftige Vermögen des Gemeinschuldners mit dieser Rechtswohlthat ausdrücklich verbunden hat, davon aber kein Schluß auf einen Vertrag gilt, durch welchen der Gläubi-

Vor-

k) Voetius l. c. §. 28. Dabelow a. a. O. S. 575.

ger einen Theil seiner Forderung freiwillig und ohne Vorbehalt erläßt. Die Analogie eines andern Gesetzes spricht hingegen deutlich wider den freiwillig-verzichtenden Gläubiger. Wer, sagt es, zu dem Nachlaßvertrage seine Einwilligung gegeben hat, kann auch den Bürgen wegen des Nachgelassenen nicht in Anspruch nehmen, zum deutlichen Beweise, daß der einmal freiwillig erlassene Theil der Schuld gänzlich erloschen ist 1).

Daß die Gläubiger überhaupt, also auch diejenigen, welche einen Nachlaß freiwillig zugestanden haben, dasjenige Vermögen des Schuldners, welches demselben nach Erfüllung des Nachlaßvertrages übrig bleibt, zu ihrer größeren oder gar gänzlichen Befriedigung sollten in Anspruch nehmen können, scheint der Natur und dem Zweck eines Nachlaßvertrages gänzlich zu widersprechen. Unzulänglichkeit des Vermögens wird freilich als Veranlassung und Beweggrund eines solchen Vertrages immer vorausgesetzt, und man kann allenfalls wohl zugeben, daß dabey die Absicht, dem Schuldner etwas von seinem Vermögen übrig zu lassen, nicht zu vermuthen sey. Allein daraus folgt doch nicht, daß die Gläubiger, wenn wirklich etwas übrig bleibt, berechtiget sind, sich daran zu erholen, es sey denn, daß der Schuldner ihnen betrüglicher Weise einen Theil seines Vermögens verheimlicht gehabt hätte, in welchem Falle sie den Nachlaßvertrag überhaupt anzufechten befugt sind. Da aber übrigens durch den Nachlaßvertrag eine

1) l. 58. §. 1. D. Mandati.

eine gänzliche Güterabtretung abgewendet werden soll; so ist es klar, daß, die Gläubiger mögen eine Absicht gehabt haben, welche sie wollen, der Vermögensrest, welchen der Schuldner nach Erfüllung des Accordes übrig behält, kein Gegenstand des Vergleichs war, also auch von den Gläubigern nicht in Anspruch genommen werden kann. Aus dem Vertrage können sie ihn nicht fordern; wollten sie aber diesen anfechten, weil der Schuldner noch einiges Vermögen besitze, welches zu ihrer Befriedigung dienen könnte; so müßten sie diesen eines betrüglichen Verfahrens überführen können oder doch auf alle Fälle sich gefallen lassen, daß, mit Beiseitsetzung des Vertrages, der Concurs eröffnet werde.

Alles, was bisher gesagt ist, bezieht sich aber nur auf den freiwilligen Nachlaßvertrag. Bey dem gezwungenen Nachlasse verhält sich die Sache anders. Hier ist kein Vergleich, sondern ein durch richterlichen Zwang bewirkter Verlust. Hier ist es eine dem Schuldner, und gewissermassen auch den Mitgläubigern verliehene Rechtswohlthat, vermöge deren auch der dissentirende Gläubiger gezwungen wird, sich den durch gerichtliches Erkenntniß bestimmten Nachlaß gefallen zu lassen. Man nennt das freilich auch einen Beitritt zum Nachlaßvertrag, aber ein gezwungener Beitritt macht den widersprechenden Gläubiger nicht zum einwilligenden und nicht zum Mit-Contrahenten. Die rechtlichen Folgen, welche aus der freien Einwilligung in den Nachlaßvertrag gezogen werden, sind daher auf ihn nicht anwendbar. Hier

hat

hat vielmehr die Analogie der bey einer andern, ähnlichen Rechtswohlthat, der der Güterabtretung, geltenden Grundsätze statt. Diese müssen auch, wie den gezwungenen Nachlaß, die Gläubiger sich gefallen lassen, wenn die gesetzlichen Erfordernisse vorhanden sind; aber das Gesetz hat ihnen ausdrücklich das Recht vorbehalten, den Schuldner, falls sie nicht völlig befriedigt werden, abermals in Anspruch zu nehmen, wenn er aufs neue Vermögen erworben hat m). Die Lage dessen, der zu einem Nachlasse gezwungen wird, ist im Wesentlichen dieselbe: sollte er nicht billig auch gleiches Recht haben?

Dabelow n) spricht den Gläubigern ohne Unterschied alles Nachforderungsrecht bey verbesserten Vermögensumständen ab, aus den Gründen, die oben gegen diejenigen, welche freiwillig einen Theil ihrer Forderungen erlassen haben, geltend gemacht sind. Daß aber diese Gründe auf die zum Nachlaß gezwungenen Gläubiger nicht anwendbar sind, liegt in der so wesentlichen Verschiedenheit der Verhältnisse. Gönner o) hat das Gegentheil durch bestimmt auf die streitige Frage gerichtete Gründe darzuthun versucht, indem er behauptet, ein Nachlaßvertrag, der freiwillige, wie der erzwungene, befreie, als eine Schenkung, den Schuldner von allen weiteren Ansprüchen, wenn nicht die Gläubiger einen Vorbehalt angehängt

m) l. 4. 6. 7. D. de cess. bon.

n) a. a. O. S. 575.

o) Note *) zu Danz Summarische Processe §. 166. S. 267.

hängt haben, es möge ihm aus seinem jetzigen Vermögen etwas übrig bleiben oder erst nachher ein Vermögen zufallen; auch könne bey nothwendigen Nachlaßverträgen die Minorität keinen Vorzug haben, da societätsmäßig ihr Consens in der Majorität enthalten sey.

Daß der Nachlaßvertrag nicht als eine Schenkung zu betrachten sey, ist bereits erwiesen. Und nun vollends eine erzwungene Schenkung! Aber, obgleich es, auch nach Gönner, einen erzwungenen Nachlaßvertrag (richtiger Nachlaß) giebt; so ist doch der Consens der Minorität societätsmäßig in der Majorität enthalten. Das wäre denn ein Zwang und doch kein Zwang! Denn wenn in einer Societät die Mehrheit der Stimmen entscheidet; so ist dieß Folge einer freiwilligen Verabredung, und dann ist allerdings der Consens der Minorität in der Majorität enthalten. Aber wo ist hier die Societät? Socii malorum mögen die Gläubiger wohl seyn, die sich zu Nachlaßunterhandlungen verstehen müssen. Aber im rechtlichen Sinne besteht unter ihnen keine Societät. Eine Art Gemeinschaft pflegt man freilich unter den Gläubigern nach ausgebrochenem Concurse anzunehmen p): aber diese Gemeinschaft hat so wenig das Eigenthümliche einer Societät, wornach alle Genossen einen gemeinsamen Zweck zu erreichen suchen, daß vielmehr Alle mit einander darüber streiten, wer von ihnen aus dem unzureichenden schuldnerischen Vermögen zuerst

p) Dabelow a. a. O. S. 278.

zuerst das Seinige erhalten soll q). Die Entscheidung durch Stimmenmehrheit ist Ausnahme von der Regel, die nur für zwey Fälle, auf ausdrücklichen gesetzlichen Vorschriften beruhet r), und von diesen Fällen ist einer — der vorliegende. Und hier entscheidet nicht einmal die Stimmenmehrheit, sondern das richterliche Decret, welches jene erst wirksam macht: „si dissentiant (creditores) tunc Praetoris partes necessariae sunt, qui decreto suo sequetur maioris partis voluntatem“ s). Man kann daher nicht sagen, daß die Einwilligung der Minderzahl in dem Willen der Mehrzahl enthalten sey, da jene der Stimmenmehrheit sich nicht freiwillig unterwirft. Kann also der erzwungene Nachlaß einer Schenkung, einem freiwilligen Verzicht nicht gleich geachtet werden; so ist auch nicht abzusehen, warum ein Gläubiger, der jenem sich unterwerfen mußte, das dadurch Verlorne nachzufordern nicht berechtigt seyn sollte, wenn der Schuldner in bessere Vermögensumstände gekommen ist.

XXVIII.

Von der Entwendung des gehauenen, aber in den Forsten noch liegenden Holzes.

Nach gemeinem Rechte ist dieser Holzdiebstahl ein peinlich zu bestrafendes Verbrechen. In von Bülow's und Hagemann's practischen Erörterun-

q) Dabelow a. a. O. S. 769.
r) Das. S. 279.
s) l. 7. §. 19. D. de pactis.

rungen *) wird in Beziehung auf ein an die Celleſche Juſtizcanzley untem 18 Nov. 1796 erlaſſenes landesherrliches Reſcript bezeugt, daß nach der hieſigen Landesobſervanz dergleichen Entwendungen zur Cognition und Beſtrafung der Landgerichte gehören, folglich als wrugenmäßige Vergehungen anzuſehen ſeyen. Auf eine Anfrage der Hannöverſchen Juſtizcanzley über denſelben Gegenſtand im Jahre 1803 ward ihr eine völlig gleichlautende Antwort. Die Gerichtshöfe ſcheinen eine allgemeine Landesobſervanz nicht gekannt oder nicht anerkannt zu haben, die die politiſchen Behörden des Landes (Regierung und Cammer) für unzweifelhaft erklärten. Für die Gerichtsbezirke der Celleſchen und der Hannöverſchen Juſtizcanzley iſt nun die Frage entſchieden. Ob ſie in andern Provinzen ſtreitig iſt oder war, weiß ich nicht.

XXIX.

Iſt beim dritten Diebſtahl derjenige mit in Rechnung zu bringen, ſeit deſſen Beſtrafung die Verjährungszeit abgelaufen iſt?

Nimmt man mit Feuerbach a) an, daß die Verjährung, wie die Strafe, das Daſeyn des Verbrechens, als eines ſolchen, völlig aufhebe; ſo ergiebt ſich die Verneinung der aufgeworfenen Frage

 von

*) Bd. 1. S. 97.
a) Lehrbuch des peinl. Rechts. §. 77.

von selbst. Alsdann aber dürfte auch ein schon gestrafter Diebstahl beim dritten nicht berücksichtigt werden, und doch wird gerade die vorhergegangene Bestrafung als ein Erforderniß zur Anwendung des 162. Art. der P. G. O., in seiner ganzen Strenge, betrachtet. Feuerbach b) erkennt zwar dieß Erforderniß nicht an: aber, um consequent zu seyn, müßte er vielmehr den bestraften Diebstahl von der Berechnung ausschließen.

Die Verjährung in Criminalsachen hebt nur das Recht auf, den Verbrecher wegen der begangenen gesetzwidrigen Handlung zum Zweck der Bestrafung gerichtlich zu verfolgen. Ungeschehen kann sie die That nicht machen, weder im natürlichen, noch im rechtlichen Sinne. Ein verjährter Diebstahl ist nun ein solcher, der wegen des Ablaufs der Verjährungszeit nicht mehr gestraft werden kann. Ein gestrafter Diebstahl, seit dessen Bestrafung die Verjährungszeit abgelaufen ist, kann also der Natur der Sache nach nicht verjährt werden. Denn die Wirkung der Verjährung ist nur Abwendung der Strafe. Wenn daher gleich ein verjährter Diebstahl bey Berechnung des dritten nicht mit zu zählen ist, weil er auf diese Weise, obschon straflos geworden, doch noch (durch die — wenn er ungezählt bleibt — nicht anwendbare härtere Strafe) gestraft würde; so folgt daraus doch nicht, daß der Ablauf der Verjährungszeit nach erlittener Bestrafung dieselbe Wirkung haben muß.

Das Gesetz sagt: wer zum drittenmal stiehlt, soll als ein verläumdeter Dieb am Leben gestraft werden.

b) Das. §. 372.

werden. Die Thatsache des vorhergegangenen Diebstahls ist um so weniger zu bezweifeln, je gewisser sie sich aus der erfolgten Bestrafung ergiebt. Der nachherige Ablauf der Verjährungszeit kommt hierbey gar nicht in Betracht, weil bey einem bestraften Diebstahl von Verjährung weiter nicht die Frage seyn kann.

Aber ist der als ein verläumdeter, d. h. keiner Besserung fähiger Dieb zu betrachten, der zwanzig Jahre lang nach der Bestrafung des zuletzt von ihm verübten Diebstahls an fremdem Eigenthum sich nicht vergriffen hat? Hier kömmt wieder Alles darauf an: ob man die Anwendung der Todesstrafe von der Verbesserlichkeit oder Unverbesserlichkeit des Diebes in concreto abhängig machen darf oder nicht? c) Billiger und dem Geiste des Strafgesezzes gemäßer scheint das erstere zu seyn: das andere entspricht genau den Worten des Gesetzes. Auf alle Fälle dürfte in der langjährigen Enthaltung vom Diebstahl ein bedeutender Milderungsgrund zur Abwendung der völligen Strenge des Gesetzes liegen.

Die Hannöversche Justizcanzley nahm bey einem im Jahre 1802 vorgekommenen Falle, wo eine Inquisitinn wegen verübter kleiner Diebstähle im Jahre 1773 mit vierwöchigem Gefängniß und zweimaliger Ausstellung an den Strafpfahl, im Jahre 1776 aber mit zweijähriger Zuchthausstrafe belegt worden, und im Jahre 1801 abermals wegen eines Diebstahls in Untersuchung gerathen war, den Grundsatz an:

daß verjährte Diebstähle und selbst diejenigen, bey welchen seit dem Ende deren Bestrafung ein vicen-

c) S. Feuerbach a. a. O. Note *).

vicennium abgelaufen ist, die poenam furti tertii nicht begründen können,

und diesem Grundsatze ist das K. Staatsministerium genehmigend beigetreten.

XXX.

Vergleichung einiger Hauptpuncte des teutschen und französischen Vormundschaftsrechts.

Das teutsche und das französische Vormundschaftsrecht kommen darinn überein, daß sie eine gemeinschaftliche Quelle haben: das römische Recht. Ein wesentlicher Unterschied aber zeigt sich sogleich darinn, daß für das erstere das römische Recht als gemeines Recht gilt, dahingegen bey dem andern die Grundsätze desselben zwar benutzt, aber sehr modificirt sind, und übrigens für sich selbst keine Gesetzeskraft haben.

Das römische Recht beschäftiget sich allein mit den aus der Vormundschaft entspringenden privatrechtlichen Verhältnissen: die teutsche Gesetzgebung hat durch Hinzufügung dessen, was aus dem Regierungsrechte hieher gehört, die Lücken, die sich in jenem finden, erst ausgefüllt. Die Reichsgesetze a) haben insonderheit die obrigkeitlichen Pflichten in Beziehung auf die Vormundschaften in das gehörige Licht

a) Reichs-Policeyordn. v. 1548. Tit. 31, v. 1547. Tit. 32.

Licht gesetzt, und aus ihren Vorschriften hat sich in verschiedenen teutschen Staaten eine Ordnung des Vormundschaftswesens entwickelt, welche wenig mehr zu wünschen übrig ließ b).

Es ist hier nur die Absicht, einige Hauptpuncte des gemeinen, in Teutschland geltenden Vormundschaftsrechts mit den Vorschriften des Codex Napoleon zu vergleichen, was auch in Rücksicht auf die Aufnahme dieses Gesetzbuches in teutschen Staaten nicht ohne Interesse seyn dürfte.

I. Das französische Recht kennt keine gerichtliche Obervormundschaft.

In dem römischen Rechte ist bekanntlich für eine obrigkeitliche Aufsicht über die Vormundschaften nicht gesorgt. Immer erwartet das obrigkeitliche Amt eine Aufforderung, den einzigen Fall ausgenommen, wo es auf die Entfernung eines verdächtigen Vormundes ankömmt c).

Die teutsche Reichsgesetzgebung macht hingegen eine allgemeine Aufsicht über die Vormundschaften allen Obrigkeiten zur Pflicht; sie gebietet ihnen, „gebührlich Einsehens zu haben, damit die Pupillen und minderjährigen Kinder unbetrogen und unvernachtheilt bleiben.“ Die Erfüllung dieser Pflicht liegt zunächst den competenten Gerichten ob, und die Oberaufsicht über das ganze Vormundschaftswesen führen höhere Landesbehörden, zu welchem Ende in einigen Ländern eigene Collegien bestellt, in andern die Obergerichte, Re-

b) Vergl. M. Handbuch des teutschen Policeirechts II. 121. f. IV. 762. f. Sammlung teutscher Policeigesetze Thl. 2. B. 1. S. 7. f.

c) l. 3. §. 4. D. de susp. tut.

Regierungen ꝛc. beauftragt sind, wie man denn auch hin und wieder zur unmittelbaren Ausübung der obervormundschaftlichen Rechte eigene Behörden, (Waisengerichte, Vormundschaftsämter), angeordnet findet, deren Direction aber in der Regel dem ordentlichen Richter zustehet. Es ist daher unzweifelhafter Grundsatz des gemeinen teutschen Rechts, daß jedes Gericht zur Ausübung der obervormundschaftlichen Rechte über die in dem Umfang seines Gerichtssprengels befindlichen, einer vormundschaftlichen Fürsorge bedürfenden Personen befugt und verpflichtet ist.

Hierbey muß man nun genau unterscheiden, was vermöge der obervormundschaftlichen Aufsicht für die zweckmäßige Besorgung der Angelegenheiten und des Interesse des Pflegbefohlenen geschieht, und was zur Rechtsgültigkeit der Handlungen des Vormundes von richterlichen Amts wegen erforderlich ist. Hier handelt der Obervormund lediglich als Richter, dort leitet und sichert er den Vormund durch Erinnerungen, durch Rathschläge, durch Genehmigung. In allen Fällen, wo das Gesetz die gerichtliche Autorität nicht zur Bedingung der Gültigkeit vormundschaftlicher Geschäfte gemacht hat, wo es nur auf die Zweckmäßigkeit der Verwaltung ankömmt, ist es nicht sowohl Pflicht, als vielmehr Klugheit des Vormundes, wenn er die Zustimmung der Obervormundschaft nachsucht, so wie diese, wenn sie den Vormund auf Fehler in der Verwaltung und auf mögliche Verbesserungen aufmerksam macht, mehr administrative, als rechtliche Grundsätze in Anwendung bringt.

Da nun die gänzliche Entfernung der Gerichte, von Allem, was administrativ heißt, da ihre Reduction auf das Rein-Juristische ein Hauptprincip der französischen Organisation ist; so mochte wohl die französische Gesetzgebung schon um deßwillen die Direction der Vormundschaften nicht gern in den Händen der Gerichte lassen. Sie vertraute aber dieselbe am liebsten der Familie des Minderjährigen an, nicht nur, weil es überhaupt ihre Absicht ist, der Familienverbindung Einfluß und Wichtigkeit zu ertheilen, sondern auch weil sie bey der Familie des Pflegbefohlenen theils das Interesse an dem Wohl desselben, theils die Kenntniß seiner Lage und Bedürfnisse in einem höheren Grade, als bey dem Richter, voraussetzen zu dürfen glaubte.

Ein Familienrath, bestehend aus dem Friedensrichter und sechs Verwandten oder Verschwägerten, die halb aus der väterlichen und halb aus der mütterlichen Linie, und zwar in jeder Linie nach der Nähe des Grades gewählt werden, vertritt die Stelle des Obervormundes. Dem Friedensrichter kömmt die Zusammenberufung des Familienraths und der Vorsitz in demselben zu d). Seine Stimme wird mitgezählt und entscheidet im Falle der Stimmengleichheit e).

Der Einfluß der Gerichte auf die vormundschaftliche Verwaltung ist auf folgende Fälle beschränkt:

1. die Aufnahme eines Anleihens für den Minderjährigen, die Veräusserung oder Verpfändung unbe-

d) Codex Napoleon Art. 406. f.
e) Das. Art. 416.

unbeweglicher Güter desselben, bedarf der gerichtlichen Bestätigung f).

2. Der Verkauf solcher Güter muß öffentlich und unter gerichtlicher Autorität geschehen g).

3. Eine Theilung muß, wenn sie in Rücksicht auf Minderjährige dieselben Wirkungen, wie unter Volljährigen, haben soll, gerichtlich vorgenommen werden h).

4. Vergleiche, die ein Vormund Namens des Minderjährigen schließt, sind ohne gerichtliche Bestätigung ungültig i).

Man sieht, daß den Gerichten nur solche Gegenstände vorbehalten sind, wo es, neben der Prüfung des Nützlichen, noch insonderheit auch auf die Beurtheilung oder Beobachtung des Rechtlichen ankömmt.

Im Wesentlichen stimmen diese Verordnungen mit dem bey uns geltenden gemeinen Rechte überein. Aber unsere Gerichte haben zu gleicher Zeit das zu beobachten, was der Codex Napoleon dem Familienrathe überträgt, der nicht nur den Vormund, wenn kein gesetzlicher oder testamentarischer vorhanden ist, bestellt, sondern auch die Vormünder überhaupt unter einer weit strengern Direction hat, als solches bey der teutschen Obervormundschaft gesetzlich nothwendig ist.

Dieses ist an sich allerdings eine lobenswerthe Einrichtung, da dadurch der Pflegbefohlene gegen Nachtheil und der Vormund gegen Verantwortung ge-

f) Das. Art. 458.
g) Das. Art. 459.
h) Das. Art. 466.
i) Das. Art. 467.

gesichert wird. Aber es erfordert öftere Zusammenberufungen des Familienraths, welche für die Mitglieder desselben gar leicht lästig und allzu kostspielig werden können. Sollen sie aber aus dem Vermögen des Mündels Entschädigung erhalten, was vielleicht geschieht, obgleich das Gesetz es nicht ausdrücklich verstattet; so dürfte dieß für den Mündel in manchen Fällen sehr kostbar werden.

Ueberhaupt aber wird ein Gericht, welches immer an Ort und Stelle ist, die obervormundschaftlichen Geschäfte, und insonderheit die allgemeine und unmittelbare Aufsicht über die vormundschaftliche Verwaltung, leichter führen können, als eine zerstreute Anzahl von Personen, die für jeden einzelnen Fall erst zusammen berufen werden müssen, die sich öfters verändern, die nie völlig im Zusammenhange des Geschäfts bleiben, eben daher auch, wenn das Geschäft, weßwegen sie versammelt waren, abgethan ist, um das Ganze sich weiter nicht bekümmern, folglich auch für die Zweckmäßigkeit der vormundschaftlichen Verwaltung im Allgemeinen kein besonderes Interesse haben können, und die sehr häufig weder Geschäftskenntniß noch Geschäftsübung haben werden. Der Friedensrichter kann hier freilich einigermaßen aushelfen: aber für sich allein darf er nichts thun und unter sieben hat er nur Eine Stimme.

In dieser Hinsicht dürften die Waisengerichte, wie sie in einigen teutschen Ländern, z. E. in Wirtemberg, in jeder Gemeinde angeordnet sind, mit weniger Unbequemlichkeiten verbunden seyn, und doch gleichen Nutzen gewähren. Einige der angesehensten Mitglieder der Gemeinde, die sich des öffentlichen Vertrauens vorzüglich würdig ge-

gemacht haben, bilden das Waisengericht und dieses wird bey allen wichtigen obervormundschaftlichen Geschäften zugezogen. Sie kennen die Verhältnisse des Pupillen, der zu ihrer Gemeinde gehört, die Beschaffenheit seiner Güter, den Character seiner Verwandten, seine persönliche Lage, seine Fähigkeiten u. s. w. genau; häufig sind unter ihnen selbst Verwandte desselben, und daß es nicht alle sind, scheint kein Uebelstand zu seyn, da es sehr oft gerade unter Verwandten ein Interesse geben kann, das nicht für den Pupillen, und doch nicht immer von der Art ist, um ihm, durch Ausschließung dessen, bey dem es vermuthet wird, allen Einfluß zu entziehen.

Einem Richter, der seinen Pflichten nachzukommen mit Eifer und Anstrengung bemüht ist, kann es, wenn ihn das obervormundschaftliche Amt dazu auffordert, auch nicht an Mitteln fehlen, sich von den Umständen der seiner Obsorge anvertrauten Minderjährigen vollständig und gründlich zu unterrichten, und für die Wirksamkeit der obervormundschaftlichen Geschäftsführung dürfte seine obrigkeitliche Autorität, die bey dem Friedensrichter, als bloßem Vorsitzer des Familienraths, weniger in Betrachtung kommen möchte, von nicht unbedeutendem Werthe seyn.

Wird bey der Wahl des Vormundes die Verwandtschaft mit dem Pupillen berücksichtigt, was doch gewöhnlich geschieht; so ist die von derselben zu erwartende größere Theilnahme an dem Wohl des Mündels leichter zu erreichen, als bey dem Zusammenfluß mehrerer Verwandten, wo bisweilen verwandschaftliche Rücksichten jenem eben so gefährlich werden können, als Familienzwistigkeiten und

heim-

heimlicher Haß und Neid, der nur zu oft unter Verwandten im Finstern schleicht. Hier ist die Dazwischenkunft und Aufsicht eines unparteiischen Fremden, der mit der gehörigen Autorität versehen ist, (und das ist nur der Richter), gewiß nichts weniger als überflüssig.

Ob ein vergrösserter Einfluß der Familienverbindung auf die Verhältnisse des bürgerlichen Lebens wünschenswerth sey, will man dahingestellt seyn lassen. Wenigstens kann das engere Zusammenziehen der Familien, ihre Isolirung, ihr durch genaue Verbindung vermehrtes Gewicht, eben sowohl im Großen nachtheilige Folgen haben, als im Kleinen die Autorität, die den Familiengliedern über einander eingeräumt wird, zu innerem Zwietracht oder zur Befriedigung der Habsucht oder Herrschsucht des Einzelnen führen kann.

Sehr wichtig ist endlich auch eine höhere allgemeine Aufsicht über die besondere obervormundschaftliche Verwaltung, die nach teutschem Rechte immer statt hat, von der aber in dem französischen Gesetzbuche sich keine Spur findet.

Vergleicht man daher das neue Institut des französischen Rechts mit den vaterländischen Einrichtungen; so wird man, bey der vollen Anerkennung der vorzüglichen Seiten des erstern, doch nicht Ursache finden, diese dagegen gänzlich zurückzusetzen.

2. Das französische Recht giebt jedem Vormunde einen Nebenvormund; kennt aber weder Mitvormund noch Ehrenvormund.

Das gemeine Recht verstattet die Ansetzung mehrerer Vormünder, und, ist die Güterverwaltung

tung von einigem Umfang; so wird in der Regel die Vormundschaft nicht Einem allein anvertraut. Nach dem gemeinen Rechte kann ein Vormund, der mit der Verwaltung nichts zu thun hat, der aber über den verwaltenden Vormund genaue Aufsicht trägt, denselben mit seinem Rathe unterstützt, für die Bestellung hinreichender Caution sorgt, die Rechnung durchgeht, wenn der Vormund sich verdächtig macht, solches anzeigt, und überhaupt auf alle Weise sich angelegen seyn läßt, den Vortheil des Mündel zu befördern und Schaden von demselben abzuwenden — ein Ehrenvormund — bestellt werden.

Das französische Recht gedenkt im Allgemeinen nirgends der Mitvormünder; nur in dem einzigen Falle, wo der Mutter, die zur zweiten Ehe schreitet und die Vormundschaft über die Kinder erster Ehe behält, der zweite Ehemann zum Mitvormunde bestellt werden soll, ist davon die Rede. Man wird es also als Regel ansehen dürfen, daß nur Ein Vormund seyn soll k).

Mit dem Ehrenvormund hat hingegen der Nebenvormund, dessen Bestellung der Codex Napoleon l) vorschreibt, große Aehnlichkeit. Aber ein solcher Nebenvormund kann nicht nur, sondern er muß schlechterdings jedem Vormunde beigeordnet werden. Seine Verrichtungen bestehen darinn, daß er für das Interesse des Minderjährigen sorgt, wenn solches mit dem des Vormundes im Widerspruch steht. Eine ausführlichere Instruc-

tion

k) Zachariae Handbuch des französischen Civilrechts I. 54.

l) Art. 420.

tion giebt ihm das Gesetz nicht. Seine Bestimmung, den Vormund zu controlliren, ist aber nicht zweifelhaft. Ihm muß, auf Verlangen, jeder Vormund, mit Ausnahme der Eltern, während der Vormundschaft, zu gewissen, von dem Gutbefinden des Familienraths abhängenden Zeiten, jedoch nicht mehr als Einmal in jedem Jahre, eine Uebersicht des Zustandes seiner Verwaltung vorlegen m). Er ist schuldig, sich dafür zu verwenden, daß kein Unfähiger zur Vormundschaft gelassen, ein unfähiger oder untreuer Vormund aber abgesetzt werde n). Ihm liegt ob, die von dem Vormunde etwa vernachlässigte Eintragung der dem Mündel auf dessen Vermögen zustehenden gesetzlichen Hypothek zu besorgen o). Wird die Vormundschaft erledigt; so muß er auf die Ernennung eines neuen Vormundes antragen, bey Strafe der dem Minderjährigen zu leistenden vollständigen Schadloshaltung p).

Er wird von dem Familienrath ernannt, und muß, wenn nicht vollbürtige Brüder vorhanden sind, aus derjenigen von beiden Linien (der väterlichen oder mütterlichen Verwandtschaft des Minderjährigen) genommen werden, wozu der Vormund nicht gehört q).

Abgerechnet, daß es nicht gut scheint, wenn der Mündel so ganz in die Hände der Verwandtschaft gegeben wird; so ist die Zweckmäßigkeit dieser Einrichtung unverkennbar. Auffallend aber ist es,

m) Codex Nap. Art. 470.
n) Das. Art. 446. 448.
o) Das. Art. 2137.
p) Das. Art. 424.
q) Das. Art. 423.

es, daß den Nebenvormund das Gesetz (einige besondere Fälle ausgenommen) wegen Vernachlässigung seiner Obliegenheiten dem Mündel nicht ausdrücklich verantwortlich macht r).

3. Das französische Recht beschränkt die gesetzliche Vormundschaft auf die Ascendenten.

Nach dem gemeinen Rechte gebührt die gesetzliche Vormundschaft allen Blutsverwandten, die zu deren Führung fähig sind, nach der Ordnung der Intestat-Erbfolge, und vorzugsweise vor allen Collatanten der Mutter und Grosmutter, wenn sie sie übernehmen wollen. Der Codex Napoleon überträgt sie zuerst dem Vater, der sich ihr unterziehen muß, dann der Mutter, falls sie will s), hierauf den übrigen Ascendenten männlichen Geschlechts t). Durch die Organisation des Familienraths wird indessen den übrigen Verwandten, mit Einschluß der Verschwägerten, wieder ein bedeutender Antheil an der Vormundschaft gegeben, und der Nebenvormund muß gleichfalls immer aus der Zahl derselben genommen werden.

4. Das französische Recht verlangt von der Mutter, als Vormünderin, keine Entsagung der zweiten Heurath.

Statt der gemeinrechtlichen Vorschrift, daß die Mutter, welche die Vormundschaft übernimmt, der zweiten Heurath entsagen, und, wenn sie diese dennoch eingeht, die Vormundschaft abgeben soll, überläßt es der Codex Napoleon der Beurtheilung und

r) Zachariae a. a. O. §. 44.
s) Codex Nap. Art. 389. 390. 394.
t) Das. Art. 402. f.

und Entscheidung des Familienraths, ob der Mutter, wenn sie sich wieder verheurathen will, die Vormundschaft anvertraut bleiben soll, wo dann, im bejahenden Falle, der zweite Ehemann ihr als Mitvormund beigeordnet werden muß, der für die nach der Heurath geführte Verwaltung solidarisch mit seiner Ehefrau verantwortlich wird u). Auch bey uns hat die Praxis schon die Strenge der Gesetze gemildert, wornach in dem Falle, wenn der Stiefvater in einem vollkommen guten Rufe steht und in keiner Hinsicht verdächtig ist, die Vormundschaft nicht nur der Mutter soll gelassen, sondern auch jenem anvertraut werden können v).

5. Das französische Recht erfordert keine obrigkeitliche Bestätigung der Vormünder.

Auch dem römischen Rechte ist sie bekanntlich fremd. Die teutsche Reichs-Gesetzgebung w) hat sie erst eingeführt, und ihre Vortheile sind in die Augen fallend x). Dadurch erhält die Obervormundschaft Gelegenheit, die Tauglichkeit der durch Gesetz oder Testament berufenen Vormünder genau zu prüfen, und ihnen aus erheblichen Gründen die Uebernahme der Vormundschaft zu untersagen. Die nach dem französischen Rechte allezeit nothwendige Bestellung eines Nebenvormundes, welche gesetzliche und testamentarische Vormünder vor Antretung ihres Amtes nachzusu-

u) Coder Nap. Art. 395. 396.

v) Lauterbach Coll. theor. pr. lib. 27. Tit. 2. §. 3. Hofacker Pr. iur. civ. §. 668. Nota c.

w) R. P. O. v. 1577. Tit. 32. §. 2.

x) Runde teutsches Privatrecht §. 627.

zusuchen verbunden sind y), giebt indessen zu einer solchen Prüfung gleichfalls eine schickliche Veranlassung.

6. Das französische Recht fordert von den Vormündern keine Caution.

Das römische Recht fordert von den Vormündern, mit Ausnahme der testamentarischen und der nach vorgängiger richterlicher Untersuchung bestellten, eine Sicherheitsbestellung durch Bürgen; das teutsche Recht will alle Vormünder zu genugsamer Caution und Versicherung angehalten wissen z), zu welchem Ende man sich an den meisten Orten, jedoch zweckwidrig, mit einer Verpfändung des sämmtlichen Vermögens begnügt. Das französische Recht fordert gar keine Caution, giebt aber den Pflegbefohlenen eine Hypothek an den Grundstücken ihrer Vormünder wegen aller aus der Verwaltung der Vormundschaft entstehenden Ansprüche a). Wie aber, wenn der Vormund keine Grundstücke besitzt? Das Gesetz schließt solche Vormünder nicht aus, und da es keine besondere Sicherheitsbestellung verlangt; so wird jene gesetzliche Hypothek in vielen Fällen ohne Nutzen seyn. Die Vorschrift des römischen Rechts scheint dem Pflegbefohlenen die meiste Sicherheit zu gewähren. Aber diese mit möglichster Vorsicht zu berücksichtigen, hat wenigstens auch der teutsche Obervormund eine nahe und dringende Veranlassung, die bey dem französischen hinwegfällt.

7. Das französische Recht verlangt keine jährliche Rechnungsablage.

Man hat mit Recht der teutschen Gesetzgebung

y) Codex Nap. Art. 421.
z) R. P. O. v. 1577. Tit. 32. §. 3.
a) Codex Nap. Art. 2135. Vergl. Zachariae a. a. O. §. 121.

bung in Ansehung dieses Gegenstandes einen grossen Vorzug vor der römischen zugeschrieben, weil die von ihr verordnete jährliche Rechnunglage b) ein sehr wirksames Mittel ist, nicht nur den Pflegbefohlenen gegen Unrichtigkeiten in der Verwaltung und gegen Verlust zu sichern, sondern auch die Zweckmäßigkeit der Verwaltung zu prüfen, Mißbräuche abzustellen, nützliche Einrichtungen und Vorkehrung zu treffen, die Vormünder in steter Thätigkeit zu erhalten u. s. w. Denn sie sollen nicht blos von der Einnahme und Ausgabe Rechnung ablegen, sondern überhaupt von ihrer Verwaltung Rede und Antwort geben.

Dieses wird durch die im Codex Napoleon dem Nebenvormunde beigelegte Befugniß, jährlich einmal eine Uebersicht des Zustandes seiner Verwaltung von dem Vormunde zu fordern, bey weitem nicht ersetzt. Nicht zu gedenken, daß der Nebenvormund wegen des Nichtgebrauchs dieser Befugniß nicht verantwortlich ist, und daß er daher oft Bedenken tragen wird, dem Vormund durch Ausübung derselben Verdacht zu zeigen; so ist auch eine bloße Uebersicht nicht hinreichend. Nur das genaue Detail der Rechnung verräth manche Mängel und Fehlgriffe der Verwaltung, und einem unredlichen Vormunde ist nichts leichter, als bey einer bloßen Uebersicht zu verbergen, was er zu verbergen wünscht. Auch liegt es in der Natur der Sache, daß die Mittheilung einer solchen Uebersicht die rechtlichen Folgen einer Rechnungsablage nicht haben kann: und wie weit vortheilhafter ist nicht die Lage eines Pflegbefohle-

b) R. P. O. v. 1577. Tit. 32. §. 3.

fohlenen, der jedes Jahr mit seinem Vormunde im Reinen ist, als die Lage dessen, der bis zur Beendigung der Vormundschaft damit warten muß? Auch scheint es für Personen, die kaum von der vormundschaftlichen Gewalt befreit sind, in mehrfacher Hinsicht wünschenswerth zu seyn, daß die Rechnungen, und insonderheit die Schlußrechnungen, vor der Obervormundschaft abgelegt werden.

8. Das französische Recht giebt der obervormundschaftlichen Autorität eine sehr große Ausdehnung.

Es ist bereits oben auf den Unterschied zwischen demjenigen, was ein Vormund ohne obervormundschaftliche Autorität nicht vornehmen darf, und demjenigen, wobey es ihm überlassen ist, den Rath, Beistand oder die Zustimmung der Obervormundschaft nachzusuchen, aufmerksam gemacht worden. Nach dem in Teutschland geltenden gemeinen Rechte ist, genau genommen, die Autorität des obervormundschaftlichen Gerichts nur bey Veräusserungen und Verpfändungen schlechterdings nothwendig c). Was die Gesetze in Rücksicht auf die Erziehung und den Unterhalt der Pflegbefohlenen verordnen, tritt in der Regel nur dann ein, wenn Zweifel und Bedenklichkeiten deßhalb obwalten, und die obervormundschaftliche Bestimmung nachgesucht wird d).

Nach dem französischen Rechte ist der Vormund einer weit ausgedehntern Direction der Ober-

vor-

c) Vergl. Hofacker Pr. iur. civ. §. 669. f.

d) l. 1. D. ubi pup. educ.: „Solet Praetor frequentissime adiri.“ — l. 2. §. 1. eod.: „si vero Praetor non est aditus etc.

vormundschaft unterworfen, als nach dem teutschen Rechte. Was hier in vielen Fällen für den Vormund nur rathsam ist, macht ihm jenes zur Pflicht.

a. Bey dem Antritt jeder Vormundschaft, die der Eltern ausgenommen, bestimmt der Familienrath nach einem ungefähren Ueberschlage und mit Rücksicht auf den Betrag des zu verwaltenden Vermögens, bis zu welcher Summe die jährliche Ausgabe für den Minderjährigen sowohl, als für die Verwaltung seines Vermögens, sich belaufen dürfe e).

Nach dem teutschen Vormundschaftsrecht ist dieß nicht nothwendig, obgleich der Vormund wohl thut, wenn er einen Plan des zu machenden Aufwandes entwirft und ihn der Obervormundschaft zur Genehmigung vorlegt. Einzelne Vormundschaftsordnungen befehlen es und die Zweckmäßigkeit einer solchen Vorschrift läßt sich nicht bezweifeln.

b. Der Familienrath hat die Summe genau zu bestimmen, bey welcher die Verbindlichkeit des Vormundes zur Anlegung dessen, was nach Abzug der Ausgabe von den Einkünften übrig bleibt, anfangen soll f). Das Ausleihen der Ueberschüsse gebietet auch das teutsche Recht. Aber durch diese Vorschrift des französischen wird der nicht seltenen Ausflucht nachlässiger oder eigennütziger Vormünder, daß doch immer ein Cassenvorrath vorhanden seyn müsse, der an sich richtig ist, jedoch durch Ueberschreitung eines verhältnißmäßigen Maaßes leicht mißbraucht werden kann, um so zweckwidriger

e) Codex Nap. Art. 454.

f) Das. Art. 455.

siger vorgebeugt, da ein Vormund, welcher von dem Familienrathe die Summe nicht bestimmen läßt, bey welcher die Anlegung ihren Anfang nehmen soll, nach sechs Monaten von allem nicht angelegten Gelde, so gering auch die Summe seyn mag, die Zinsen zu bezahlen verbunden ist g).

c. Jeder Vormund muß zur Aufnahme eines Anleihens für den Minderjährigen, so wie zur Veräusserung oder Verpfändung unbeweglicher Güter desselben, die Genehmigung des Familienraths, und noch überdieß die gerichtliche Bestätigung einholen h).

Was hierbey zu berücksichtigen und zu beobachten ist, schreibt der Codex Napoleon weit genauer vor, als das gemeine teutsche Vormundschaftsrecht.

d. Zur Annahme oder Ausschlagung einer dem Minderjährigen zugefallenen Erbschaft bedarf der Vormund die vorhergehende Genehmigung des Familienraths i).

Nach dem gemeinen teutschen Rechte ist es zweifelhaft, ob in diesem Falle die Genehmigung der Obervormundschaft nothwendig sey, wenigstens sind die Practiker darüber nicht einverstanden. Da indessen mit der Antretung einer Erbschaft immer die Uebernahme neuer Verbindlichkeiten verbunden ist, die Ausschlagung aber allemal eine Verzichtleistung enthält; so ist die Concurrenz der Obervormundschaft bey dem Entschluß für das eine oder das

g) Das. Art. 456.

h) Das. Art. 457. 458.

i) Das. Art. 461.

das andere dem Mündel nützlich, und dem Vormund wünschenswerth. Die Gesetzgebung, welche sie für nothwendig erklärt, verdient daher unstreitig Beifall.

e. Eine dem Minderjährigen gemachte Schenkung kann der Vormund nur mit Genehmigung des Familienraths annehmen k).

Diese Einschränkung kennt das teutsche Recht nicht.

f. Ohne Genehmigung des Familienraths darf kein Vormund eine Klage erheben, die sich auf Rechte des Minderjährigen an unbeweglichen Sachen bezieht und eben so wenig Ansprüche, die an dergleichen Rechte des Pflegbefohlenen gemacht werden, einräumen l).

Das erstere ist nach dem teutschen Rechte nicht nothwendig; das andere kann als eine Veräusserung betrachtet werden, (obgleich das die Herausgabe dessen, was offenbar dem Pupillen nicht gehört, eigentlich nicht ist) und ist daher im Zweifel der obervormundschaftlichen Genehmigung zu unterwerfen.

g. Um auf eine Theilung anzutragen, bedarf der Vormund der Genehmigung des Familienraths m).

Auch bey uns ist ein obervormundschaftliches Decret hierzu nothwendig. Sehr zweckmäßig schreibt aber

k) Das. Art. 463. Vergl. Art. 935.

l) Das. Art. 464.

m) Das. Art. 465.

aber zugleich der Codex Napoleon das bey der Theilung zu beobachtende Verfahren vor n).

h. Vergleiche kann kein Vormund ohne vorherige Genehmigung des Familienraths eingehen o).

Auch dieß stimmt mit dem gemeinen in Teutschland geltenden Rechte überein. Aber auch hier zeichnet sich die französische Gesetzgebung durch angemessene Vorschriften zur genauen Prüfung des abzuschließenden Vergleiches aus.

i. Der Familienrath kann Minderjährige aus der vormundschaftlichen Gewalt entlassen.

Der Codex Napoleon nennt dieß Emancipation, welche, wie Zachariä p) sehr richtig bemerkt, ein Institut ist, das weder der Emancipation des römischen Rechts, noch der des sächsischen Rechts, noch der venia aetatis für sich entspricht, sondern alle diese Institute zusammen unter sich begreift. Sie ist das einzige Mittel, wodurch ein Minderjähriger Rechte der Volljährigkeit erlangen kann. Die Ehe emancipirt ipso iure. Den Eltern ist verstattet, minderjährige Kinder, wenn sie das funfzehnte Jahr erreicht haben, durch eine bloße Erklärung vor dem Friedensrichter zu emancipiren. Elternlosen Kindern kann, nach zurückgelegtem achtzehnten Jahre, der Familienrath die Emancipation bewilligen, entweder auf den Antrag des Vormundes, oder, wenn dieser dafür sich nicht verwen-

n) Das. Art. 466.

o) Das. Art. 467.

p) a. a. O. §. 46. Note 2.

wenden sollte, auf den Antrag der nächsten Verwandten q). Die Emancipation giebt jedoch nicht alle Rechte der Volljährigkeit, und kann, unter gewissen Umständen, zurückgenommen werden.

9. Das französische Recht verwilligt dem Vormunde keine Belohnung.

In Teutschland ist es, gegen das römische Recht, hergebracht, daß die Vormünder in der Regel ein Salar oder Honorar erhalten. Der Codex Napoleon übergeht diesen Punct mit Stillschweigen, und man muß daher annehmen, daß die Vormundschaft unentgeldlich zu führen ist. Eine mäßige Belohnung, besonders bey bedeutenden Vormundschaften, scheint indessen heutzutage, wo die bürgerlichen Vortheile wenigstens nicht in Einnahme bestehen, der Billigkeit gemäs zu seyn. Mit der Lage der Römer, die diese und andere Bürgerpflichten wohl umsonst übernehmen konnten, darf man die unsere nicht vergleichen und von uns also auch nicht fordern, was jene ohne Beschwerlichkeit leisten konnten. Die Verweigerung aller Entschädigung für Zeitverlust und Anstrengung führt nur zu andern — den Pflegbefohlenen gewiß nicht gedeihlichen Auskunftsmitteln.

10. Das französische Recht unterwirft die Obervormundschaft keiner Verantwortlichkeit und subsidiarischen Entschädigungsklage.

Es versteht sich, daß, wenn von einem Familienrath oder Mitgliedern desselben, als solchen

q) Codex Nap. Art. 476. f.

chen, absichtlich zum Nachtheil des Pflegbefohlenen gehandelt würde, sie allemal zur Verantwortung gezogen werden könnten. Aber der Familienrath ist nicht, wie der teutsche Obervormund, auch wegen Fahrlässigkeit dem Pupillen verantwortlich, und kann daher auch, im Fall der Insolvenz eines Vormundes, nicht in Anspruch genommen werden.

Das römische Recht macht zwar nur die Unterobrigkeiten, und allein wegen versäumter Ansezzung eines Vormundes oder wegen nicht besorgter Sicherheitsbestellung, zur Entschädigung subsidiarisch verbindlich. Nach teutschem Rechte ist es aber nicht zu bezweifeln, daß die subsidiarische Entschädigungsklage gegen jede Obervormundschaft wegen jeder Vernachlässigung der obervormundschaftlichen Pflichten, insonderheit, wenn der Vormund nicht zur Bestellung einer Caution, zur Errichtung eines Inventarii und zur Ablegung der Rechnung angehalten worden ist, statt hat, da das Gesetz r) die Beobachtung aller seiner Vorschriften bey Vermeidung der Strafe der gemeinen Rechte einschärft s).

Die französische Gesetzgebung giebt den Minderjährigen gegen den Familienrath wegen des Schadens, der ihnen durch dessen Fahrlässigkeit bey Verwaltung der Obervormundschaft zugefügt wird, keine Klage, weil man dafür hielt, daß die Anverwandten schon durch ihr eigenes Interesse genugsam bestimmt würden, für das Interesse des Mündels zu sorgen, und daß eine solche Verantwortlichkeit eben so drückend für die Anverwandten, als

in

r) R. P. O. v. 1577. Tit. 32. §. 3.

s) Hofacker l. c. §. 693. Runde teutsches Privatrecht §. 623.

in den meisten Fällen ohne Nutzen für den Mündel seyn würde t). Diese Gründe scheinen jedoch nicht völlig durchgreifend zu seyn, da der erstere eines Theils den Friedensrichter nicht trifft, der sich bey Zusammenberufung des Familienraths und sonst mancherley Nachlässigkeiten zu Schulden kommen lassen kann, andern Theils auf ein entferntes Interesse der Anverwandten sich bezieht, das sehr oft durch ein näheres überwogen, oder wenigstens nicht stark genug seyn kann, um die weit kräftigere Betrachtung eigener Verantwortlichkeit zu ersetzen; der andere Grund aber, so viel die Mitglieder des Familienraths betrifft, keine Rücksicht verdient, da es nur von ihnen abhängt, ihre Schuldigkeit gehörig zu beobachten, für den Mündel aber aus der Verantwortlichkeit der Obervormundschaft wenigstens immer der Vortheil entsteht, daß dieselbe einen sehr starken Antrieb zu möglichster Vorsicht und Aufmerksamkeit giebt.

t) Zachariae a. a. O. §. 25. Note 7.

Bayerische Staatsbibliothek München

Verbesserungen.

S. 92. Z. 17. v. o. nach: Eidesdelation l. über Thatsachen.

S. 112. Z. 3. v. u. statt: Anlage l. Analogie.

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Berg, Günther Heinrich von, 1765-1843

Juristische Beobachtungen und Rechtsfälle

Bd.: 4

Hannover (1810)
Decis. 14 h-4
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10396487-8